Deutscher Bundestag **Drucksache 15/1265**
15. Wahlperiode 27. 06. 2003

Unterrichtung

durch die Bundesregierung

Vierzehntes Hauptgutachten der Monopolkommission 2000/2001
– Drucksachen 14/9903 und 14/9904 –

Stellungnahme der Bundesregierung

Inhaltsverzeichnis

I. Auftrag der Monopolkommission und kartellrechtliche Schwerpunkte des XIV. Hauptgutachtens

1. Die Monopolkommission hat nach § 44 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) den Auftrag, alle zwei Jahre den Stand und die Entwicklung der Unternehmenskonzentration sowie die Praxis der Fusionskontrolle und der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen zu begutachten und zu aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen Stellung zu nehmen: Die Bundesregierung hat das XIV. Hauptgutachten der Monopolkommission vom 30. Juni 2002 dem Deutschen Bundestag (Drucksachen 14/9903 und 14/9904) und dem Bundesrat (Drucksache 703/02 nebst Anlagenband) unverzüglich zugeleitet, sie legt nunmehr ihre Stellungnahme dazu vor.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit hat am 11. Dezember 2002 die betroffenen Wirtschaftsverbände sowie Arbeitgeber und Gewerkschaften angehört und ihre Stellungnahmen zum XIV. Hauptgutachten eingeholt.

Schwerpunkte der Anhörung waren der Stand und die Entwicklung der Unternehmenskonzentration in Verbindung mit der von der Monopolkommission geübten Kritik an der Verwendbarkeit der amtlichen Wirtschaftsstatistik, Probleme der Marktöffnung im Bereich der Netzindustrien wie Telekommunikation Post und Energie sowie Wettbewerbsaspekte des Internet.

2. Die Monopolkommission hat wiederum auf die eingehendere Analyse und Bewertung der Konzentrationsentwicklung in den einzelnen Wirtschaftsbereichen verzichtet. Die bereits in den früheren Hauptgutachten beklagten Schwierigkeiten, in die Konzentrationsberichterstattung der Monopolkommission auch Konzerne und sonstige Unternehmensverbindungen einzubeziehen, konnte noch nicht befriedigend gelöst werden. Zwar ist durch den im Jahre 2001 geänderten § 47 GWB die Möglichkeit geschaffen worden, für die Zwecke der Konzentrationsberichterstattung der Monopolkommission statistikintern vorhandene Unternehmensdaten aus Wirtschaftsstatistiken und dem amtlichen Statistikregister mit externen, aus allgemein zugänglichen Quellen stammenden Daten über Unternehmensgruppen zu verbinden. Bis zum Abschluss dieses Hauptgutachtens war es jedoch Monopolkommission und Statistischem Bundesamt nicht möglich, ein praktikables Konzept für die Verwirklichung des gesetzlichen Auftrags zu entwickeln. Inzwischen konnten jedoch auch mithilfe der Statistischen Ämter der Länder und mit finanzieller Unterstützung der

Zugeleitet mit Schreiben des Bundeskanzlers vom 25. Juni 2003 gemäß § 44 Abs. 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

Europäischen Union (Eurostat) beachtliche und Erfolg versprechende Fortschritte in der datentechnischen Zusammenarbeit erzielt werden (im Einzelnen s. Ziff. 36–43 dieser Stellungnahme).

Die Bundesregierung begrüßt dies, sie legt nach wie vor großen Wert auf eine aussagekräftige Konzentrationsberichterstattung und erwartet, dass die Monopolkommission im nächsten Hauptgutachten auf der Basis des § 47 GWB eine eingehende Untersuchung der Konzentrationsentwicklung vornehmen wird.

3. Einen Schwerpunkt der Untersuchung im Hauptgutachten bilden die Regulierungsmöglichkeiten in Märkten mit Netzstrukturen (Telekommunikation, Post, Strom- und Gaswirtschaft, Bahn). Die Monopolkommission sieht grundlegende Schwächen in der Ex-post-Missbrauchsaufsicht entsprechend der Regelung des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB insbesondere aufgrund von Verfahrensproblemen. Eine Ex-ante-Regulierung vermeide diese Probleme und biete mehr Möglichkeiten, den Zugang zu Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen effektiv und effizient durchzusetzen. Die Monopolkommission empfiehlt generell die Einführung einer Ex-ante-Regulierung des Zugangs zu Netzen und anderen Infrastruktureinrichtungen, wenn diese als natürliche Monopole auf absehbare Zeit von entscheidender Bedeutung für die Entwicklung funktionsfähigen Wettbewerbs in den nachgelagerten Märkten sind. Sie spricht sich für die Einrichtung einer gemeinsamen Regulierungsbehörde für Netzsektoren aus, in welche die bestehende Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) einzubringen wäre.

Die Bundesregierung stimmt mit dieser Bewertung nicht überein. Die sektorspezifische Regulierung, ergänzt durch die sektorübergreifende Tätigkeit der Kartellbehörden, hat sich bisher im wesentlichen bewährt. Verfahrensdefizite, wie sie die Monopolkommission in der Ex-post-Regulierung im Rahmen des § 19 Abs. 4 Nr. 4 sieht, können durch die Einführung des Sofortvollzugs für kartellbehördliche Verfügungen gegen die missbräuchliche Verweigerung des Netzzugangs weitgehend beseitigt werden. Die Ex-ante-Regulierung kommt aus Sicht der Bundesregierung nur in besonderen Ausnahmefällen in Betracht (im Einzelnen s. Ziff. 87–99 dieser Stellungnahme).

4. Im Rahmen der Analyse von Netzstrukturen untersucht die Monopolkommission, inwieweit das Internet Reformen des Wettbewerbsrechts oder der Wettbewerbspolitik erfordert. Sie betont die Notwendigkeit der Offenhaltung der Märkte, insbesondere auch die Offenhaltung für Innovationswettbewerb. Die Bundesregierung teilt die Ausführungen der Monopolkommission in den meisten Punkten.

Die Monopolkommission wiederholt im Rahmen ihrer Ausführungen zum Internetbuchhandel ihre Kritik an der Buchpreisbindung. Hierzu hat sich die Bundesregierung bereits ausführlich in ihrer Stellungnahme zum XIII. Hauptgutachten geäußert. Aus Sicht der Bundesregierung bestehen Bedenken auch gegenüber der Beurteilung der Internetapotheken durch die Monopolkommission (im Einzelnen s. Ziff. 80–86 dieser Stellungnahme).

5. Die Monopolkommission setzt sich wie in früheren Gutachten ausführlich mit der Entwicklung der Europäischen Fusionskontrolle auseinander und übt in mehreren Punkten Kritik an der Praxis der EU-Kommission. Dabei behandelt sie auch, soweit zum damaligen Zeitpunkt bekannt, die Reformvorschläge der EU-Kommission zur Revision der FKVO. Die Bundesregierung teilt die kritischen Anmerkungen der Monopolkommission weitgehend. Mit dem nunmehr geänderten Vorschlag der EU-Kommission für eine Revision der FKVO stimmt die Bundesregierung in den wesentlichen Punkten (keine Absenkung der Schwellenwerte, Festhalten am Kriterium der Marktbeherrschung, Verbesserung des Verweisungsregimes) überein (im Einzelnen s. Ziff. 63–79 dieser Stellungnahme).

II. Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik (u. a. Netzstrukturen Telekommunikation, Post, Energie, Internet) (Einleitung des Gutachtens)

A. Vorbemerkung

6. Die Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen bildet – ebenso wie bereits im XIII. Hauptgutachten der Monopolkommission – einen Schwerpunkt der Untersuchung der Monopolkommission. Hierbei konzentriert sie sich auf den Zugang zu den wesentlichen Einrichtungen als Problem der Missbrauchsaufsicht und der sektorspezifischen Regulierung.

B. Wettbewerb und Regulierung auf Telekommunikationsmärkten

7. Angesichts der unsicheren Entwicklung des Wettbewerbs und der weiterhin sehr starken Marktstellung der Deutschen Telekom AG (DTAG) sieht die Monopolkommission derzeit nur ein geringes Potenzial für die Rückführung der sektorspezifischen Regulierung. Vor einer etwaigen Aufhebung der präventiven Endkundenentgeltregulierung bei Fern- und Auslandsgesprächen solle zuerst die Konsolidierungswelle in der Telekommunikationsindustrie abgewartet werden. Der Wettbewerb in diesem Bereich stütze sich weitgehend auf die Regulierung und könne noch nicht als strukturell gesichert betrachtet werden. Auf der Grundlage des von der Europäischen Union verabschiedeten Richtlinienpakets zur Ordnung der europäischen Kommunikationsmärkte laufen derzeit die Diskussionen um eine Novellierung des Telekommunikationsgesetzes (TKG).

Die Monopolkommission verweist hinsichtlich des Rückführungspotenzials der sektorspezifischen Regulierung auf ihr zweites Sondergutachten zur Entwicklung des Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten nach § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz (TKG) vom Dezember 2001 (Tz. 2). Die Eckpunkte des Bundeswirtschaftsministeriums für eine Stellungnahme der Bundesregierung zu diesem zweiten Sondergutachten, veröffentlicht im April 2002, gibt die Monopolkommission in ihrem Hauptgutachten wider (im Einzelnen s. Tz. 3). Die Stellungnahme der Bundesregierung wurde am 18. Dezember 2002 vom Kabinett verabschiedet und den gesetzgebenden Körperschaften zugeleitet. Darin werden die Einschätzungen der Monopolkommission von der Bundesregierung überwiegend geteilt. Für zu weitgehend hält die Bundesregierung allerdings die Forderung, die präventive Regulierung von Terminierungsentgelten nicht nur für marktbeherrschende Unternehmen vorzusehen, sondern diese auf alle Mobilfunknetzbetreiber und potenziell alle Teilnehmernetzbetreiber auszudehnen. Auch die Forderung nach Ausdehnung der präventiven Genehmigung von Endkundenentgelten auf den Bereich der

Datenkommunikation wird von der Bundesregierung abgelehnt.

Die Bundesregierung unterstützt die Monopolkommission in ihrer Auffassung, dass die Investitionsbereitschaft der Unternehmen stabile Rahmenbedingungen erfordert und Verunsicherungen zu vermeiden sind (Tz. 12). Materielle Anpassungen sind aber aus Sicht der Bundesregierung dort zwingend erforderlich, wo sich bisherige Bestimmungen als nicht marktgerecht oder für eine effiziente Regulierung als nicht hinreichend erwiesen haben. Insofern sind etwa die Erwägungen der Monopolkommission zur Rechtswegverkürzung, zur Qualitätsregulierung und zur verbesserten Drittklagebefugnis für Wettbewerber zu prüfen.

8. Der am 4. Februar 2002 verabschiedete und im April d. J. im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft veröffentlichte neue Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsdienste ist innerhalb von 15 Monaten, d. h. bis Ende Juli 2003, in nationales Recht umzusetzen. Nach bisheriger Einschätzung der Monopolkommission verlangt der neue Rechtsrahmen zwei substanzielle Änderungen in Bezug auf die Regulierung:

Erstens eine Ausdehnung der Regulierung auf alle Übertragungsnetze und -dienste. Diese Vorgabe steht vor dem Hintergrund der zunehmenden Verschmelzung von Telekommunikation, Medien und Informationstechnologie. Sie soll sicherstellen, dass ein Dienst wie etwa die Sprachtelefonie auf gleiche Weise reguliert wird, egal ob der Dienst über das Festnetz, das Mobilfunknetz, das Kabelnetz oder über Satellit angeboten wird. Gleichzeitig soll sichergestellt sein, dass alle Kommunikationsnetze und zugehörigen -dienste der Regulierung unterliegen. Dies betrifft ausdrücklich nicht die Inhalte, die über die Kommunikationsnetze und -dienste bereitgestellt werden, wie Rundfunkinhalte, Finanzdienste und bestimmte Dienste der Informationsgesellschaft.

Zweitens wird die EU-Kommission in Empfehlungen, die sie nach Anhörungen der Öffentlichkeit und der nationalen Regulierungsbehörden erlässt, relevante Produkt- und Dienstmärkte festlegen, deren Merkmale die Auferlegung der in den einzelnen Richtlinien festgelegten Verpflichtungen rechtfertigen können. Für den nationalen Gesetzgeber bedeutet dies eine Einschränkung der Regelungsfreiheit, da nach geltendem Recht das TKG vorgibt, welche Netze und Dienste in welcher Weise zu regulieren sind.

Im Übrigen bleibt der Anpassungsbedarf des nationalen Rechts nach Auffassung der Monopolkommission eher gering.

9. Entgegen der Auffassung der Monopolkommission (Tz. 13) sieht die Bundesregierung umfassenderen Novellierungsbedarf durch die neuen europäischen Richtlinien. Danach kann die gegenwärtige Struktur und der Inhalt des TKG nicht beibehalten werden. Anpassungsbedarf gibt es etwa durch die Aufhebung des Lizenzierungsregimes, die verstärkten Möglichkeiten der RegTP zur situationsbezogenen Instrumentenauswahl sowie die präventive Marktanalyse.

Die Bundesregierung geht davon aus, dass der europäische Rechtsrahmen der Regulierungsbehörde künftig differenziertere Möglichkeiten hinsichtlich der Regulierungseingriffe gibt. Während auch künftig – soweit erforderlich und verhältnismäßig – eine präventive Zugangsregulierung erhalten bleibt, ist die Regulierung von Endkundenentgelten nur dann möglich, wenn weder die Vorleistungsregulierung noch die Möglichkeit zur Verbindungsnetzbetreiberauswahl zum gewünschten wettbewerblichen Ergebnis auf dem Endkundenmarkt führen.

10. Nach Einschätzung der Monopolkommission (Tz. 15) ist die Ausweitung der präventiven Entgeltregulierung auf Terminierungsleistungen in Mobilfunknetze zwingend, da diese Märkte natürliche Monopolmärkte sind, die auf Dauer für den Wettbewerb verschlossen bleiben.

Im Gegensatz zur Monopolkommission bleibt die Bundesregierung bei der bereits in den o. g. Eckpunkten und ihrer Stellungnahme geäußerten Auffassung, dass aufgrund der bisherigen Marktentwicklung im Mobilfunk grundsätzlich kein Bedarf für eine präventive Regulierung der Terminierungsentgelte aller Mobilfunkunternehmen besteht. Gleichwohl wird die Regulierungsbehörde auch künftig die Möglichkeit haben, im Missbrauchsfall korrigierend einzugreifen.

11. Die Bundesregierung stimmt mit der Monopolkommission darin überein, dass die Dauer von Verfahren zur Überprüfung von Regulierungsentscheidungen dem Ziel des TKG entgegenstehen, Wettbewerb zu schaffen (Tz. 20). Im Rahmen der anstehenden TKG-Novelle prüft die Bundesregierung, inwieweit Verfahren effizienter gestaltet werden können. Die Prüfung erstreckt sich sowohl auf die Beschlusskammer- als auch auf die anschließenden Gerichtsverfahren.

C. Post

12. Die Monopolkommission stellt fest, dass es seit Inkrafttreten des Postgesetzes am 1. Januar 1998 nicht zu einer bedeutenden Entwicklung des Wettbewerbs gekommen ist. Bei ihrer Meinung stützt sie sich darauf, dass die privaten Anbieter im Jahr 2000 lediglich einen am Umsatz gemessenen Marktanteil von 1,6 % des Briefmarktes auf sich vereinigen konnten. Der Gesamtumsatz der Wettbewerber liege weit unterhalb des Umsatzzuwachses, den die Deutsche Post AG zu erzielen vermochte. Die marktbeherrschende Stellung der Deutschen Post AG bestehe unverändert fort. Bezogen auf den vollständig liberalisierten Teil des Briefmarktes betrage der Marktanteil der Wettbewerber 5,2 %. In diesem Bereich hat sich ebenfalls kein nennenswerter Wettbewerb entfaltet. Die Ursachen der unzureichenden Wettbewerbsentwicklung bestehen in regulatorischen und ökonomischen Wettbewerbshemmnissen.

13. Die Monopolkommission hält die unzureichende Wettbewerbsentwicklung nicht dadurch für legitimiert, dass in anderen Mitgliedstaaten der EU der Liberalisierungsprozess noch nicht so weit fortgeschritten ist wie in Deutschland.

Die Bundesregierung teilt diese Meinung nicht; sie ist der Auffassung, dass die Öffnung der Postmärkte im europäischen Gleichklang erfolgen soll. Aus der Sicht der Bundesregierung ist es erforderlich, dass innerhalb der Europäischen Union gleiche Marktzugangsbedingungen herrschen, die es den verschiedenen nationalen Postunternehmen zusammen mit internationalen Kurier-, Express- und Paketbeförderern erlauben, in einem zusammenwachsenden europäischen Postmarkt untereinander in Wettbewerb zu treten. Voraussetzung hierfür ist jedoch der Abbau der nationalen

Postmonopole auf europäischer Ebene, für den sich die Bundesregierung in den letzten Jahren eingesetzt hat.

Letztlich war dieses Vorgehen der Bundesregierung erfolgreich, da es mit der neuen Postdienste-Richtlinie 2002/39/EC gelungen ist, einen europaweiten Liberalisierungsfahrplan festzulegen. Zum 1. Januar 2003 wird die europäische Gewichtsgrenze des Monopolbereichs bei Briefen von 350 g auf 100 g gesenkt; gleichzeitig werden grenzüberschreitende Briefsendungen aus dem Ausland für den Wettbewerb geöffnet. Zum 1. Januar 2006 soll die Gewichtsgrenze für Briefe noch einmal – und zwar auf 50 g – abgesenkt werden. Die Umsetzung der Richtlinie ist in Deutschland mit der 3. Postgesetznovelle erfolgt.

Nach Auffassung der Bundesregierung hat es diese Zielsetzung gerechtfertigt, die Exklusivlizenz, die ursprünglich bis 2003 terminiert war, bis 2008 zu verlängern. Die von der Monopolkommission in diesem Zusammenhang aufgeführten rechtlichen Bedenken teilt die Bundesregierung nicht.

14. Die Bundesregierung beobachtet, dass es in einigen Fällen zwischen RegTP und Deutsche Post AG zur kontroversen Beurteilungen der Rechtslage bei der Lizenzerteilung gekommen ist. Dies betrifft insbesondere die Frage, welche Dienstleistungen als qualitativ höherwertig im Sinne des Postgesetzes anzusehen sind und somit nicht der Exklusivlizenz der Deutschen Post AG unterliegen. Die Einschätzung von Monopolkommission und RegTP, dass Klagen der Deutschen Post AG gegen Lizenzerteilungen der RegTP zu Rechtsunsicherheiten bei Wettbewerbern geführt haben könnten, teilt die Bundesregierung. Dennoch hält es die Bundesregierung für selbstverständlich, dass Entscheidungen der RegTP auf dem Rechtsweg überprüft werden können. In den letzten Monaten war festzustellen, dass durch Gerichtsentscheidungen, aber auch durch das Zurückziehen von Klagen durch die Deutsche Post AG die Rechtssicherheit zwischenzeitlich verbessert wurde.

15. Die Monopolkommission bemängelt ferner, dass mit der Zweiten Postgesetznovelle die Sanktionsmöglichkeiten der Regulierungsbehörde bei Nichterbringung des Universaldienstes entfallen sind. Hierzu ist festzustellen, dass in der Dritten Postgesetznovelle ein Bußgeldtatbestand für den Fall geschaffen wurde, dass die Deutsche Post AG gegen die gesetzliche Verpflichtung, den Universaldienst zu erbringen, verstößt.

D. Rundfunk und Multimedia

16. Die Bundesregierung teilt im Wesentlichen die von der Monopolkommission vorgenommene Darstellung des Rundfunk- und Multimediabereichs. Insbesondere macht die Bewertung der Monopolkommission deutlich, dass bei den elektronischen Medien und gerade beim Rundfunk neben wettbewerbspolitischen und wirtschaftlichen Faktoren immer auch medienpolitische Aspekte zu berücksichtigen sind, um den hohen Standard bei Informationsfreiheit, Meinungspluralismus und kultureller Vielfalt dauerhaft zu gewährleisten. Gleichwohl kann sich die Bundesregierung den Schlussfolgerungen und Empfehlungen der Monopolkommission nicht in allen Punkten in vollem Umfang anschließen.

17. Die Monopolkommission erneuert ihren Vorschlag aus dem XIII. Hauptgutachten, den relevanten Markt für Kabel-TV weiter abzugrenzen und auch Satellitenfernsehen in den Markt einzubeziehen. Das Bundeskartellamt und die RegTP gehen dagegen – anders als von der Monopolkommission befürwortet – in Anknüpfung an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes von einem eigenen Markt für Kabel-TV aus. Bei der Übertragung über Satellit besteht aus Sicht der Bundesregierung anders als beim Kabel keine Kundenbeziehung zwischen dem Satellitenbetreiber und dem Endverbraucher. Vielmehr unterhält der Satellitenbetreiber eine Leistungsbeziehung nur zum Programmanbieter. Des Weiteren ist der Satellitenempfang für einen großen Teil der Nachfrager schon deshalb keine Alternative, weil die Aufstellung einer Satellitenschüssel aus verschiedenen Gründen (fehlende Zustimmung des Vermieters, gemeindliche Gestaltungssatzung, technische Probleme etc.) unmöglich ist. Die Haushalte, die an ein Fernsehkabel angeschlossen sind, haben nicht die Möglichkeit, zu einem anderen Netzbetreiber zu wechseln. Damit wird der räumlich relevante Markt durch das Gebiet bestimmt, in dem der Netzbetreiber tätig ist. Nach Auffassung der Bundesregierung sind somit die Voraussetzungen für das Eingreifen der Entgeltregulierung nach § 23 ff. TKG erfüllt.

18. Hinsichtlich des Modells der Versteigerung von Rundfunkfrequenzen teilt die Bundesregierung die Bedenken der Monopolkommission, dass das Auktionsmodell pluralistische Gesichtspunkte unbeachtet lässt. Die Bundesregierung folgt allerdings nicht der Argumentation der Monopolkommission, die genannten Vorbehalte ließen sich allein dadurch ausräumen, dass man der faktisch vorhandenen Zahl der Frequenzen Rechnung trägt und ihr Ausmaß nicht künstlich verknappt. Nach Auffassung der Bundesregierung muss gewährleistet sein, dass die Versteigerung von Rundfunkfrequenzen keinen Einfluss auf Must-carry-Verpflichtungen haben darf und im sog. Must-carry-minus-Bereich die Auswahlkriterien des § 52 Rundfunkstaatsvertrag (RStV) eingehalten werden. Daher dürften Vergabeverfahren, bei denen generell allein das Höchstgebot für die Frequenzzuteilung maßgeblich ist, im Hinblick auf die Sicherung von Meinungspluralismus und Angebotsvielfalt nicht in Betracht kommen. Die Bundesregierung sieht zudem die Gefahr, dass durch das Auktionsmodell die ohnehin schon hohe Anbieterkonzentration gefestigt oder ausgebaut wird.

19. Die Bundesregierung schließt sich der Analyse von Internetrundfunk und der Bewertung der Gebührenreformvorhaben durch die Monopolkommission an. Sie geht insbesondere davon aus, dass geschäftlich genutzte Internet-PC's auch künftig nicht rundfunkgebührenpflichtig werden.

20. Hinsichtlich der in die Insolvenz geratenen Kirch-Gruppe vertritt die Monopolkommission grundsätzlich die Ansicht, dass bei einer Konsolidierung der Kirch-Gruppe sowie eventuell anstehenden Verkäufen einzelner Unternehmenszweige der bereits bestehende hohe Konzentrationsgrad auf dem deutschen Medienmarkt berücksichtigt werden muss. Etwaige auf diesen Markt drängende Interessenten, auch solche aus dem Ausland, sollten nicht von vornherein ausgeschlossen werden.

Die Bundesregierung stimmt der Ansicht der Monopolkommission zu. Der Verlauf des Insolvenzverfahrens der ProSiebenSat1-Gruppe hat gezeigt, dass trotz des Scheiterns der Erwerbsabsicht eines US-amerikanischen Investors, das allerdings allein auf unternehmensinternen Gründen be-

ruhte, der deutsche Medienmarkt für ausländische Investoren generell offen steht. Aus Sicht der Bundesregierung ist es aber wichtig, dass die Veränderungen am Medienmarkt nicht zu einer Einschränkung von Informationsfreiheit, Meinungspluralismus und Angebotsvielfalt führen. Daher müssen die medienpolitischen Rahmenbedingungen gewährleisten, dass auch ein Engagement ausländischer Investoren nicht zu Einschränkungen programmlich-journalistischer Grundsätze – insbesondere im Hinblick auf unabhängige und sachliche Berichterstattung – führt. Ebenso dürfen auch die Medienkonzentrationsregelungen bei einer Neuordnung des Medienmarktes nicht aufgeweicht werden, um die Meinungsvielfalt nicht zu gefährden. Darüber hinaus erfordert die Rundfunkfreiheit als hohes verfassungsrechtlich geschütztes Gut zur Wahrung der Programmautonomie, zur Vermeidung jeder politischen Instrumentalisierung des Rundfunks oder auch nur der Abwehr der Gängelung der Kommunikationsmedien durch den Staat eine konsequente Staatsferne des Rundfunks, die auch im Hinblick auf ausländische Investoren gesichert werden muss.

E. Die Novelle des Energiewirtschaftsgesetzes

21. Die Monopolkommission kritisiert die Novelle des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) in mehreren Punkten. Die Kritik richtet sich insbesondere gegen die Einführung der Vermutung, dass beim Befolgen der Regelungen der Verbändevereinbarung von „guter fachlicher Praxis“ auszugehen ist. Die Monopolkommission befürchtet, dass durch diese so genannte Verrechtlichung der Verbändevereinbarungen die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht über die Netzzugangsbedingungen in der Strom- und Gaswirtschaft unangemessen eingeschränkt wird.

Diese Befürchtung teilt die Bundesregierung nicht. Durch die Vermutung guter fachlicher Praxis erhalten die Verbändevereinbarungen ein höheres Maß an rechtlicher Verbindlichkeit. Für den Regelfall gilt die Vermutung und ist geeignet, einen Missbrauchsvorwurf zu entkräften. Die Vermutung ist aber in beide Richtungen widerlegbar. Im Einzelfall kann auch ein Verhalten, das von der Verbändevereinbarung abweicht, gute fachliche Praxis darstellen. Umgekehrt kann ein Verhalten entsprechend der Verbändevereinbarung im Einzelfall missbräuchlich sein, wenn sich nachweisen lässt, dass es nicht der Gewährleistung wirksamen Wettbewerbs dient bzw. zur Verletzung der Ziele des § 1 EnWG führt. Hierauf wird in der Gesetzesbegründung ausdrücklich hingewiesen. Zudem stehen nach § 130 Abs. 3 GWB die Vorschriften des Energiewirtschaftsgesetzes der Anwendung der §§ 19 und 20 GWB nicht entgegen.

Des Weiteren trägt auch die Befristung der Vermutung auf Ende 2003 dazu bei, die Besorgnis der Monopolkommission, insbesondere auch im Hinblick auf den Gassektor, weiter zu relativieren. Die Befristung eröffnet die Möglichkeit und begründet zugleich die Notwendigkeit für eine Weiterentwicklung der Vereinbarungen zur Beseitigung in der Zwischenzeit erkannter Schwachstellen.

22. Darüber hinaus stärkt die EnWG-Novelle die Möglichkeiten der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht durch die Einführung der sofortigen Vollziehbarkeit von Missbrauchsverfügungen in Netzzugangsfällen, was auch von der Monopolkommission begrüßt wird.

23. Die Monopolkommission kritisiert zudem die in der EnWG-Novelle vorgesehene Änderung der Reziprozitätsklausel im Strombereich. Sie wendet sich zum einen gegen die vorgesehene Klarstellung, dass der Strom importierende Händler im Streitfall die Beweislast für die Herkunft des Strom trägt. Zum anderen hält sie das Instrument der Reziprozität für grundsätzlich verfehlt. Auch diese Kritik ist aus Sicht der Bundesregierung nicht tragfähig.

Infolge der ungleichen Marktöffnung in den Mitgliedstaaten besteht die Gefahr von Wettbewerbsnachteilen für die deutschen Stromversorgungsunternehmen. Ziel der als Instrument bereits 1998 eingeführten Reziprozitätsklausel ist nicht allein, Druck auf eine vollständige Marktöffnung auszuüben, sondern sie soll in der Übergangsphase auch einheimische Unternehmen vor Wettbewerbsverzerrungen schützen. Den theoretischen EU-rechtlichen Erwägungen der Monopolkommission ist entgegenzuhalten, dass die seit 1998 geltende Regelung von der Europäischen Kommission nicht angegriffen worden ist.

F. Die Reform des europäischen Kartellverfahrensrechts

24. Schon seit einiger Zeit steht die Neugestaltung der Durchführungsvorschriften zu den Artikeln 81 und 82 EGV im Mittelpunkt der Diskussion um die Reform des europäischen Wettbewerbsrechts. Nach dem 1999 vorgelegten Weißbuch veröffentlichte die Europäische Kommission am 27. September 2000 einen Entwurf für die Novellierung der bisherigen VO 17/62. Darin schlägt sie wie schon im Weißbuch einen Übergang vom präventiven Anmelde- und Erlaubnissystem zu einem System der Legalausnahme vor. Die Aufgabe des Präventionsprinzips will die Europäische Kommission durch eine Stärkung der nachträglichen Kontrolle von Wettbewerbsbeschränkungen ausgleichen. Bei der Einleitung entsprechender Verfahren werden Beschwerden Dritter eine wichtige Rolle spielen. Auch durch verbesserte zivilrechtliche Klagemöglichkeiten gewinnt die Privatinitiative bei der Durchsetzung des Wettbewerbsschutzes besonderes Gewicht. Daneben beabsichtigt die Europäische Kommission, ihr gesetzlich verankertes Freistellungsmonopol zugunsten einer verstärkten dezentralen Rechtsanwendung aufzugeben. Nationale Behörden und Gerichte sollen vermehrt Entscheidungskompetenzen erhalten und in die Lage versetzt werden, die Bestimmung des Artikel 81 EGV in seiner Gesamtheit, also neben Artikel 81 Abs. 1 und 2 auch den in Absatz 3 statuierten Freistellungstatbestand anzuwenden.

25. Die Monopolkommission kritisiert den von der EU-Kommission am 27. September 2000 vorgelegten Entwurf für die Novellierung der bisherigen VO 17/62 in mehrfacher Hinsicht. Neben grundsätzlichen Bedenken gegen den Übergang zum Legalausnahmesystem bezieht sich die Kritik in erster Linie auf den seinerzeit vorgesehenen Ausschluss nationalen Rechts in allen Fällen, in den Artikel 81 oder 82 EGV anwendbar ist, auf das Fehlen begleitender Maßnahmen zur Erleichterung privatrechtlicher Durchsetzung von Wettbewerbsrecht sowie auf das Fehlen rechtsverbindlicher Regeln zur Zuständigkeitsverteilung.

Die neue Durchführungsverordnung (VO 1/2003) ist am 26. November 2002 durch den Rat der Europäischen Union angenommen worden; sie wird am 1. Mai 2004 in Kraft

treten. Die Bundesregierung hat schließlich der Verordnung zugestimmt, nachdem wesentliche Verbesserungen gegenüber dem Verordnungsvorschlag vom September 2002 erzielt werden konnten, die zum Teil auch den Bedenken der Monopolkommission Rechnung tragen. So bleibt zum Beispiel nationales Wettbewerbsrecht nach wie vor grundsätzlich neben Artikel 81 und 82 EGV parallel anwendbar. Des Weiteren genießt Artikel 82 EGV – im Gegensatz zu Artikel 81 EGV – keinen absoluten Vorrang vor nationalem Wettbewerbsrecht, sondern stellt einen Mindeststandard dar, der auch Entscheidungen nach strengerem nationalem Recht zulässt.

Außerdem bietet die Gemeinsame Erklärung von Rat und EU-Kommission die Basis für ein neu geschaffenes Netzwerk der Wettbewerbsbehörden (ECN European Competition Network). Die gemeinsame Erklärung nennt Maßstäbe für eine sachgerechte Verteilung von Fällen innerhalb des neuen Netzwerks und stellt auch Kriterien dafür auf, unter welchen Umständen es ausnahmsweise gerechtfertigt erscheint, dass die EU-Kommission nationalen Wettbewerbsbehörden die Zuständigkeit für einen Fall durch Einleitung eines Kommissionsverfahrens entzieht. Eine Arbeitsgruppe der Netzwerkmitglieder wird bis zum Inkrafttreten der neuen Verordnung die Funktionsweise des Netzwerks im Detail beraten. Auch wenn die erarbeiteten Fallverteilungskriterien und Verfahrensregeln nicht – wie von der Monopolkommission gefordert – justiziabel sein werden, wird darauf hinzuarbeiten sein, dass die Fallallokation im Interesse aller Beteiligten transparent, unbürokratisch und schnell erfolgen kann.

G. Daseinsvorsorge im europäischen Binnenmarkt

26. In den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, darunter auch in der Bundesrepublik Deutschland, werden seit einiger Zeit Vorschläge diskutiert, die eine weit gehende Entscheidungsfreiheit der Mitgliedstaaten zur Privilegierung einzelner Branchen begründen würden. Der Bereich der „öffentlichen Dienste“ soll ausgedehnt werden und nicht mehr auf die Unternehmen der traditionell staatlich regulierten Versorgungswirtschaft beschränkt sein. In den verschiedenen Dokumenten der europäischen Institutionen und in der öffentlichen Diskussion werden für Dienste, die im „allgemeinen Interesse“ erbracht werden, unterschiedliche Begriffe verwendet. In deutschen Texten ist häufig von „Leistungen der Daseinsvorsorge“ die Rede oder es finden sich Ausdrücke wie „öffentliche Dienste“ oder „gemeinwohlorientierte Dienste“. Die direkte Übersetzung von Dokumenten der europäischen Institutionen aus anderen Sprachen trifft am ehesten der Begriff des „Allgemeininteresses“.

Nach Meinung der Monopolkommission suggeriert der Begriff „Daseinsvorsorge“ die Notwendigkeit staatlicher Fürsorge für die Versorgung mit elementaren Lebensgütern und ist insofern ideologisch überfrachtet, als von einer Vorsorge die Rede ist. Es werde der Eindruck erweckt, als genüge eine bloße Gewährleistung von Mindeststandards der Vorsorge nicht. Vielmehr werde den Marktkräften in einem Ausmaß misstraut, dass der Staat sich nicht auf den Ausgleich von Marktversagen beschränkt, sondern viele Bereiche in ihrer Gesamtheit einem staatlichen Versorgungsmonopol unterstellt. Die Notwendigkeit, öffentliche Dienste anzubieten, werde implizit unterstellt, ohne dass zuvor ein hinreichend konkreter Nachweis des Marktversagens erbracht worden wäre.

27. Innerhalb des europäischen Rechtsrahmens eröffnet die Diskussion um das „Allgemeininteresse“ nach Meinung der Monopolkommmission ein zusätzliches Spannungsfeld zwischen nationalen und supranationalen Interessen auf dem europäischen Binnenmarkt. Leistungen, die nach Prinzipien des EG-Vertrages im Wettbewerb erbracht werden, seien damit gleichzeitig mitgliedstaatlicher Einflussnahme entzogen. Gerade mit voranschreitender Liberalisierung wird dies in manchen Mitgliedstaaten als unbilliger Eingriff in staatliche Souveränität und als Verlust von Einflussmöglichkeit gewertet. Die Mitgliedstaaten, einschließlich der Bundesländer, seien bei der Erbringung von Leistungen im Allgemeininteresse jedoch an europäisches Recht gebunden.

28. Die Bundesregierung begrüßt die Ausführungen der Monopolkommission zur „Daseinsvorsorge“ als einen bedenkenswerten Beitrag zur aktuellen Diskussion. Sie stimmt insoweit mit der Einschätzung der Monopolkommission hinsichtlich der neueren Entwicklungen überein, als die Diskussionsansätze auf Gemeinschaftsebene mit Blick auf künftige Vorhaben im Bereich der Daseinsvorsorge nicht nur begrüßenswerte Tendenzen aufzeigen.

Jedoch wird die grundsätzliche Skepsis der Monopolkommission hinsichtlich der Binnenmarktverträglichkeit staatlicher Daseinsvorsorge von der Bundesregierung nicht geteilt. Sie ist vielmehr überzeugt, dass der EG-Vertrag einen befriedigenden Ausgleich zwischen den Interessen an unverzerrtem Wettbewerb und dem Interesse an einer effizienten Wahrnehmung staatlicher Fürsorgeaufgaben zulässt.

29. Hintergrund der Diskussion ist die Suche nach einem präzisierenden Lösungssatz für den Ausgleich der konträren Anliegen von Marktöffnung einerseits und Dienstleistungen von allgemeinem Interesse andererseits. Aus Sicht der Bundesregierung enthalten die Vorschriften des EG-Vertrages einen ausgewogenen Ausgleich für die Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge, sodass Forderungen nach Änderungen der Vertragsvorschriften, insbesondere die Definition einer Bereichsausnahme für bestimmte Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, abzulehnen sind. Die Entscheidung darüber, welche Dienste als gemeinwirtschaftliche Dienste zu definieren sind, sollte den Mitgliedstaaten überlassen bleiben. Auch die Europäische Kommission und der EuGH haben die Gestaltungsfreiheit auf der Basis der Neutralität der Eigentumsordnungen der Mitgliedstaaten anerkannt.

Daran soll nach Auffassung der Bundesregierung festgehalten werden. Zu diesem bestehenden Modell gehört ebenfalls, dass die Europäische Kommission im Rahmen des Artikel 86 EG-Vertrag die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme prüft. Dies erscheint angemessen, da berücksichtigt werden muss, dass eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit durch die Mitgliedstaaten (so der Vorschlag Frankreichs) Tendenzen zu einer Verzögerung der Marktöffnung begünstigen könnte. Die bisherige Marktöffnungspolitik auf europäischer Ebene sollte jedoch entschlossen fortgesetzt werden. Leitlinie muss dabei sein, dass weitere Schritte zur Marktöffnung und Liberalisierung, die entsprechend der in Lissabon formulierten Strategie zur Stärkung von Wachstum und Wettbewerbsfähigkeit erforderlich sind, durch die Anliegen in Fragen der Daseinsvorsorge nicht berührt werden.

30. Die Bundesregierung stimmt der Monopolkommission in der positiven Beurteilung des Instruments von Universaldienstverpflichtungen zu, sofern es um die Gestaltung des Übergangs von ehemals monopolistisch geprägten Märkten in den Wettbewerb, wie z. B. in den Sektoren Telekommunikation und Post, geht. Das Modell der Universaldienstleistungen trägt bei zu einem angemessenen Ausgleich zwischen den Marktöffnungsbestrebungen einerseits und dem Anliegen der Verbraucher nach einer flächendeckenden, qualitativ hochwertigen Versorgung mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu angemessenen Preisen andererseits.

31. Zu den beihilferechtlichen Ausführungen der Monopolkommission ist anzumerken, dass bloße Kostenkompensationen für Daseinsvorsorgeleistungen nach neuerer Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof keine Beihilfen sind, weil sie Gegenleistungs- und Nachteilausgleich-Charakter haben. Diese Auffassung ist auch von Bund und Ländern immer nachdrücklich vertreten worden.

32. Die Kritik der Monopolkommission an der Forderung zahlreicher Mitgliedstaaten nach einer sog. Freistellungsverordnung für staatliche Leistungen im Bereich der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ist aus Sicht der Bundesregierung unbegründet. Diese Forderung beinhaltet nicht, eine Bereichsausnahme nach dem Vorbild der im Gutachten zitierten kartellrechtlichen Gruppenfreistellungsverordnungen zu erlangen. Sie verfolgt allein das Anliegen einer Konkretisierung der beilhilferechtlichen Komponente in der Diskussion um die Daseinsvorsorge. Durch das Instrument der beihilferechtlichen Freistellungsverordnung werden zudem keine unkontrollierten Bereichsausnahmen geschaffen. Die Europäische Kommission hat bereits in den Bereichen der KMU-Förderung, der Ausbildungs-Förderung und der sog. „de-minimis“-Beihilfen hiervon Gebrauch gemacht. Solche Verordnungen definieren lediglich die Voraussetzungen, unter denen die Mitgliedstaaten zulässigerweise bestimmte Beihilfen gewähren können, ohne das vorherige Notifizierungsverfahren zu durchlaufen. Sie leisten damit einen wichtigen Beitrag zu mehr Rechtssicherheit und einer Vereinfachung des Verwaltungsverfahrens im Binnenmarkt. Die Bundesregierung weiß sich mit den Ländern einig, dass hierfür im Bereich der Daseinsvorsorge – trotz der bereits erfolgten Präzisierungen – immer noch großer Bedarf besteht.

H. Sonderverkäufe nach den Vorschriften des UWG

33. Die Monopolkommission spricht sich für die ersatzlose Aufhebung des in § 7 UWG geregelten Sonderveranstaltungsverbotes aus. Zur Begründung legt sie u. a. dar, nach der im Jahr 2001 erfolgten Aufhebung des Rabattgesetzes und der Zugabeverordnung seien die sich aus § 7 UWG ergebenden Restriktionen – insbesondere aus Verbrauchersicht – nicht mehr nachvollziehbar. § 7 UWG müsse gestrichen werden, weil das mit der Aufhebung des Rabattgesetzes angestrebte Liberalisierungsziel sonst nicht vollständig erreicht werde. Zu Nachteilen für die Verbraucher werde die Streichung nicht führen. Heute sei vom Leitbild des verständigen und mündigen Verbrauchers auszugehen, der sich mittels einer Vielzahl von Informationsmedien über Produkte und Preise unterrichte und deren Preiswürdigkeit selbst beurteilen könne. Vor Missbräuchen bei Rabattaktionen werde der Verbraucher auch in Zukunft durch §§ 1, 3 UWG geschützt.

Die Bundesregierung stimmt der Monopolkommission zu. Der vom Bundesministerium der Justiz vorgelegte Gesetzentwurf für ein neues UWG sieht daher eine Aufhebung des § 7 UWG vor. Ziel dieses Entwurfs ist, weit über § 7 UWG hinausgehend, eine Modernisierung des gesamten UWG, das so ausgestaltet werden soll, dass es sich als Grundlage für eine Initiative der Bundesregierung zur Harmonisierung des europäischen Lauterkeitsrechts eignet. Ein entsprechender Gesetzentwurf ist am 7. Mai 2003 vom Bundeskabinett beschlossen worden.

I. Tariftreue bei öffentlichen Aufträgen

34. Die Monopolkommission kritisiert das Tariftreuegesetz als eine ordnungspolitische Fehlkonstruktion, die rechtlich äußerst zweifelhaft und wegen der Verteuerung öffentlicher Aufträge finanzpolitisch nicht zu rechtfertigen sei; zugleich wirke es tendenziell kontraproduktiv bei der Angleichung der Lebensverhältnisse in den neuen Bundesländern.

Das Gesetz hatte zum Ziel, Wettbewerbsverzerrungen entgegenzuwirken, die durch den Einsatz von Niedriglohnkräften entstehen, und Belastungen für die sozialen Sicherungssysteme zu mildern. Zu diesem Zweck sollten öffentliche Auftraggeber verpflichtet werden, öffentliche Aufträge im Baubereich und im öffentlichen Personennahverkehr an eine Verpflichtung der Unternehmen zu binden, ihren Arbeitnehmern die am Ort der Leistungsausführung einschlägigen Lohn- und Gehaltstarife zu zahlen. Das Gesetz ist im April 2002 vom Deutschen Bundestag beschlossen worden, im Vermittlungsausschuss konnte mit dem Bundesrat jedoch keine Einigung erzielt werden. In der Zwischenzeit haben zahlreiche Bundesländer auf Länderebene eigene Tariftreuegesetze erlassen.

J. Übertragung der Entscheidungsbefugnis im Ministererlaubnisverfahren

35. Der damalige Bundeswirtschaftsminister Dr. Werner Müller hat wegen der Besorgnis der Befangenheit die nach § 42 GWB gebotene Entscheidung im Ministererlaubnisverfahren E.ON/Ruhrgas dem zuständigen Staatssekretär im Bundeswirtschaftsministerium übertragen.

Die Monopolkommission nimmt dies zum Anlass, die Grundsatzfrage der Vertretungsregelung im Ministererlaubnisverfahren zu erörtern. Sie konstatiert, dass nach Verwaltungsverfahrensrecht die Vertretung des Behördenchefs ein Vorgang behördeninterner Zuständigkeitsregelung sei. Hiernach wäre im vorliegenden Fall der für das Wettbewerbsrecht zuständige Staatssekretär der „richtige“ Vertreter. Dieses Ergebnis folge auch aus der Anwendung der gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien sowie der Geschäftsordnung der Bundesregierung. Die Monopolkommission hält im Falle von Ministererlaubnisverfahren demgegenüber eine Vertretungsregelung für erforderlich, die der (wirtschafts-)politischen Dimension des Verfahrens gerecht wird. Konkret führe dies zu einer Vertretungslösung, wonach entweder der Bundesfinanzminister als der für die Vertretung des Bundeswirtschaftsministers zuständige Kabinettskollege oder der Bundeskanzler (unter Inanspruchnahme seiner Richtlinienkompetenz) im

Verhinderungsfall die Entscheidung zu treffen habe. Sie empfiehlt, eine klarstellende Regelung in das Gesetz (§ 42 GWB) aufzunehmen.

Die Bundesregierung hat zur geltenden Rechtslage im Verfahren E.ON/Ruhrgas ausführlich Stellung genommen. Sie wird prüfen, ob wegen der politischen Bedeutung eine Änderung der Vertretungsregelung erforderlich scheint.

III. Stand und Entwicklung der Unternehmenskonzentration (Kapitel I bis III)

A. Aussagekraft der amtlichen Wirtschaftsstatistik

36. Die Monopolkommission weist darauf hin, dass es auch bei diesem Hauptgutachten trotz der im Jahre 2001 mit dem novellierten § 47 Abs. 1 GWB verfolgten Intention des Gesetzgebers nicht möglich war, die von ihr aufbereiteten Daten zur Gruppenbildung der Unternehmen mit den amtlichen Daten zu verknüpfen und auf diese Weise eine aussagekräftige Konzentrationsberichterstattung zu erstellen. Unterstützt durch einen Forschungsauftrag der Bundesregierung (BMWA) konnte inzwischen eine umfangreiche Datenbank zu der Verflechtung und Gruppenbildung von rund 450 000 Unternehmen bei der Monopolkommission aufgebaut werden. Dagegen sind bisher noch keine greifbaren Fortschritte bei der Identifizierung der Unternehmen in dem amtlichen Unternehmensregister erreicht worden. Der bisherige Stand des amtlichen Unternehmensregisters lässt nach Auffassung der Monopolkommission keine zuverlässige Verknüpfung mit externen Datenquellen zu.

Die Ursachen beruhen im Wesentlichen auf datentechnischen Schwierigkeiten (Fehlen der Handelsregisternummer bzw. einer Wirtschaftskennnummer usw.), die noch nicht behoben werden konnten. Das Statistische Bundesamt und die Monopolkommission haben Ende Dezember 2001 gegenüber dem Deutschen Bundestag in einem gemeinsamen vorläufigen Bericht „zur Berücksichtigung von Unternehmensgruppen in der amtlichen Wirtschaftsstatistik gemäß § 47 Abs. 1 GWB“ die Probleme und die angestrebten Lösungsmöglichkeiten im Einzelnen erläutert. Das Statistische Bundesamt hat im September 2002 in einem eigenen Bericht dargelegt, dass es auch im Laufe der weiteren Arbeiten nicht möglich war, die sich aus den statistischen Anforderungen ergebenden Schwierigkeiten zu beheben und belastbare empirische Ergebnisse zu ermitteln.

Die Bundesregierung hat jedoch mit Befriedigung zur Kenntnis genommen, dass inzwischen auch mithilfe der Statistischen Ämter der Länder und mit finanzieller Unterstützung der Europäischen Union (Eurostat) erhebliche Anstrengungen zur Zusammenführung der statistikinternen und -externen Datenbestände unternommen werden. Sie begrüßt diese konstruktive Zusammenarbeit und erwartet, dass sich alle Beteiligten auch weiterhin intensiv dafür einsetzen werden, die notwendigen organisatorischen, methodischen, fachlichen und sachlichen Voraussetzungen (besonders auch im EDV-Bereich) zu schaffen, damit die Monopolkommission entsprechend ihrem gesetzlichen Auftrag eine wettbewerbspolitisch aussagekräftige Konzentrationsberichterstattung vorlegen kann. Die Bundesregierung hofft, dass nunmehr spätestens zum XV. Hauptgutachten der Monopolkommission 2004 konkrete empirische Ergebnisse vorliegen werden.

B. Die „100 Größten“

37. Für die Beurteilung der Konzentrationsentwicklung sind Veränderungen bei den Großunternehmen wettbewerbspolitisch von einer besonderen Indizwirkung. Die Monopolkommission bildet deren Rangfolge nach dem Kriterium der Wertschöpfung. Darüber hinaus werden die Unternehmen im Hinblick auf die Merkmale Geschäftsvolumina, Beschäftigte, Sachanlagenvermögen und Cashflow untersucht. Weitere Schwerpunkte sind die Wertschöpfungsrendite der größten Unternehmen in den jeweiligen Wirtschaftsbereichen und der Grad der Verflechtungen untereinander. Darüber hinaus wird ihre Beteiligung an den dem Bundeskartellamt nach § 39 Abs. 6 GWB angezeigten Unternehmenszusammenschlüssen ermittelt.

38. Insgesamt wiesen die 100 größten Unternehmen eine Wertschöpfung von 274 Mrd. Euro auf. Sie stieg gegenüber 1998 um 11,58 % und damit schwächer als in der Vorperiode (13,4 %). Die Wertschöpfung aller Unternehmen erhöhte sich im Berichtszeitraum lediglich um 4,19 % (1996/98: 5,07 %). Der Anteil der 100 größten Unternehmen an der Wertschöpfung aller Unternehmen erhöhte sich im Jahre 2000 überproportional und erreichte erstmals ein Fünftel der Gesamtwertschöpfung (20,01 %).

39. Die größte Ausweitung der branchenspezifischen Geschäftsvolumina wiesen – wie auch schon im vorausgegangenen Berichtszeitraum – die zehn größten Unternehmen im Bereich des Kreditgewerbes auf. Sie steigerten die Bilanzsumme um 31,8 % (Vorperiode 32,9 %). Bei den zehn größten Unternehmen der Versicherungswirtschaft betrug der Anstieg ihrer Beitragseinnahmen insgesamt 11,6 gegenüber 20,7 % im vorangegangenen Berichtszeitraum. Die zehn größten Unternehmen der Verkehrs- und Dienstleistungswirtschaft weiteten ihren Umsatz um 19,3 gegenüber 16,8 % in der Vorperiode aus. Der Umsatz der zehn größten Handelsunternehmen wiederum wuchs um 12,9 im Vergleich zu 8,2 % in der Vorperiode. Das Wachstum der 50 größten Industrieunternehmen 1998/2000 war mit 17,3 % erheblich höher als in der Vorperiode (5,6 %).

40. Die Anzahl der Beschäftigten aller Unternehmen erhöhte sich – anders als in den Vorperioden – um knapp eine Million. Allerdings ging der Anteil der 82 Unternehmen aus dem Kreis der „100 Größten“ an der Zahl der Beschäftigten von 13,49 auf 12,31 % zurück.

41. Die Anteilseignerstruktur änderte sich bei den „100 Größten“ im Wesentlichen durch die Teilprivatisierung der Deutschen Post AG und die Senkung des Anteils der öffentlichen Hand an der Deutschen Telekom und der Volkswagen AG. Die meisten Beteiligungen im Kreis der „100 Größten“ wies wie in den Vorjahren die Allianz AG auf (Tz. 333), gefolgt von der Münchner Rückversicherungs-Gesellschaft AG und der Deutschen Bank. Angesichts der erklärten Politik dieser Unternehmen, sich auf das Kursgeschäft zu konzentrieren, ist mit einem Abbau dieser Beteiligungen zu rechnen, was die Bundesregierung unter wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten begrüßt.

42. Die Beteiligung der „100 Größten“ an den beim Bundeskartellamt angezeigten Unternehmenszusammenschlüssen zeigt eine im Vergleich zur Gesamtheit aller Unternehmen erheblich erhöhte Zusammenschlussaktivität der betrachteten Großunternehmen. Ihr Anteil an den im Berichtszeitraum vollzogenen 2 570 Zusammenschlüssen lag

bei 49 gegenüber 37,4 % an den 3 070 Zusammenschlüssen der Vorperiode. An zehn und mehr Zusammenschlüssen waren insgesamt 44 (1998/99: 37) Unternehmen beteiligt, wobei die RWE AG erneut mit 252 Fällen sowie die E.ON AG mit 218 vollzogenen Fusionen die höchste Zusammenschlussaktivität aufwiesen.

43. In der Gesamtschau ist im Berichtszeitraum hinsichtlich der verschiedenen untersuchten Größenmerkmale ein weiterer Anstieg der Konzentration zu verzeichnen. Dagegen hat sich die Anzahl der von den Großunternehmen zur Verfügung gestellten Arbeitsplätze im Vergleich zum gesamtwirtschaftlichen Trend unterproportional entwickelt. Die Bundesregierung sieht in dem dargestellten Konzentrationstrend derzeit keinen wettbewerbspolitischen Handlungsbedarf. Sie wird die weitere Entwicklung jedoch kritisch beobachten. Die rückläufige Entwicklung der Arbeitsplätze bei den Großunternehmen bestätigt die große Bedeutung, die dem Mittelstand für die Schaffung von Arbeitsplätzen zukommt.

IV. Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und Zusammenschlusskontrolle (Kapitel IV)

44. Zum Untersuchungsgegenstand der Monopolkommission gehört die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen durch das Bundeskartellamt sowie die Tätigkeit des Bundeskartellamtes und der Landeskartellbehörden bei der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen. Wie in den letzten Hauptgutachten geht die Monopolkommission darüber hinaus auch auf die Praxis der Europäischen Kommission bei der Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts ein.

A. Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen

a. Wettbewerbssituation und Missbrauchsaufsicht im Handel

45. Der Schwerpunkt der Berichterstattung der Monopolkommission über die Wettbewerbsentwicklung im Handel liegt wie in den Vorjahren beim Lebensmittelhandel. Nach den Feststellungen der Monopolkommission hat sich der Konzentrationsprozess in diesem Bereich nicht weiter fortgesetzt. Nach den Erhebungen von M + M Eurodata kontrollieren die zehn führenden Unternehmen des Lebensmittelhandels im Jahr 2001 83,5 % des Marktes. Dies entspricht in etwa dem Wert der letzten drei Jahre, was darauf hindeutet, dass die Marktanteilsverteilung auf dem erreichten hohen Niveau gegenwärtig stabil ist.

Die Bundesregierung stimmt der Auffassung der Monopolkommission zu, dass die Wettbewerbssituation im Lebensmittelhandel im Berichtszeitraum weiterhin überwiegend positiv zu beurteilen ist. Ein Beleg für die hohe Intensität des Wettbewerbs ist der kontinuierlich starke Preiswettbewerb. Wettbewerbsschädliche Niedrigpreisstrategien von Unternehmen mit gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegener Marktmacht werden allerdings durch das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis eingeschränkt.

Zu wettbewerblichen Bedenken geben auch die Zusammenschlussaktivitäten im Berichtszeitraum keinen Anlass. Sie standen ganz überwiegend im Zusammenhang mit Unternehmensumstrukturierungen. Dabei kam es auf den regionalen Märkten zu Anteilsverschiebungen, ohne dass marktbeherrschende Stellungen entstanden sind. Bedenken hinsichtlich der Expansionsstrategien führender ausländischer Großunternehmen wie der amerikanischen Wal-Mart Stores und einem damit möglicherweise zu erwartenden weiteren Konzentrationsschub haben sich auch im Berichtszeitraum nicht erfüllt. Offenbar gilt weiterhin, dass sich die ausländischen Handelsunternehmen auf dem deutschen Markt, speziell im Einzelhandel mit Lebensmitteln, eher schwer tun. Dafür spricht auch der im August 2001 mit der Aufgabe der letzten beiden Filialen in Frankfurt und Köln erfolgte endgültige Rückzug des britischen Warenhauskonzerns Marks & Spencers aus Deutschland. In dieser Einschätzung stimmt die Bundesregierung mit der Monopolkommission überein.

46. Im Rahmen ihrer Ausführungen zur Verhaltenskontrolle im Lebensmittelhandel geht die Monopolkommission auf die Untersagungsverfügungen des Bundeskartellamtes zu Verkäufen unter Einstandspreis ein. Im Verfahren gegen Lidl, Aldi-Nord und Wal-Mart kritisiert die Monopolkommission insbesondere die Feststellung des Bundeskartellamtes, es gebe eine relative Marktmacht von Wal-Mart. Dem Kriterium der überlegenen Finanzkraft sei eine zu große Bedeutung beigemessen worden. Aus Sicht des Bundeskartellamtes kommt diesem Kriterium jedoch besonderes Gewicht zu, wenn es um die Beurteilung des Verkaufs unter Einstandspreis geht. Gerade die überlegene Finanzkraft in Verbindung mit großer Sortimentstiefe eines Unternehmens ist u. a. Voraussetzung dafür, dass die Strategie dieses Unternehmens durchführbar ist, einige werbewirksame Produkte nicht nur gelegentlich unter Einstandspreis zu verkaufen und sich damit einen Wettbewerbsvorteil gegenüber kleinen und mittelständischen Wettbewerbern zu verschaffen. Im Übrigen hat das OLG Düsseldorf – vom BGH in seinem Beschluss vom 12. November 2002 unbeanstandet – die Marktabgrenzung des Bundeskartellamtes sowie die Normadressateneigenschaft von Wal-Mart bestätigt. Die Regelung in § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB für Verkäufe unter Einstandspreis ist nach Auffassung der Bundesregierung dadurch hinreichend klar umrissen. Das Bundeskartellamt hat geeignete Instrumentarien an der Hand, um gesetzwidrige Praktiken marktmächtiger Unternehmen zu verbieten. Die Bundesregierung sieht deshalb keinen Anlass für gesetzgeberischen Handlungsbedarf bei der anstehenden Novellierung des GWB.

b. Missbrauchsaufsicht in der Stromversorgung

47. Die Monopolkommission setzt sich kritisch mit den Verfahren des Bundeskartellamtes gegen mehrere Netzbetreiber wegen des Verdachts missbräuchlich überhöhter Netznutzungsentgelte auseinander. In diesem Zusammenhang äußert sie erhebliche Zweifel, ob sich eine wirksame Missbrauchsaufsicht in der Energieversorgung allein auf der Grundlage von Preisunterschieden zwischen regionalen, monopolistisch strukturierten Netzbetreibern durchführen lässt. Das bisher angewandte Vergleichsmarktkonzept sei bestenfalls als Ausgangspunkt für die Feststellung missbräuchlich überhöhter Netznutzungsentgelte geeignet. Die Monopolkommission schlägt die zusätzliche Anwendung eines kostenorientierten Benchmarking-Modells vor.

Die Bundesregierung steht Benchmarking-Modellen als Ergänzung des Vergleichsmarktkonzepts aufgeschlossen gegenüber. Benchmarking-Modelle sind jedoch sehr komplex und erfordern einen hohen Ressourcenaufwand, was sich erschwerend auf ihre Anwendbarkeit in der Praxis des Bundeskartellamtes auswirken könnte. Das Bundeskartellamt verfolgt zurzeit einen pragmatischen Mittelweg, indem es dort, wo das Vergleichsmarktkonzept aufgrund der Umstände des Einzelfalls keinen Erfolg verspricht, die Methode der direkten Kostenkontrolle anwendet.

c. Missbrauchsaufsicht im Luftverkehr

48. Im Rahmen der Missbrauchsaufsicht befasst sich die Monopolkommission u. a. mit dem Verdrängungswettbewerb durch Unterkostenpreise im Luftverkehr.

Im Fall Deutsche Lufthansa/Germania teilt die Monopolkommission die Auffassung des Bundeskartellamtes und des OLG Düsseldorf, dass Lufthansa („LH“) mit der Einführung des neuen Niedrigpreistarifs eine Kampfpreisstrategie zur Verdrängung des neu in den Markt eingetretenen Wettbewerbers Germania verfolgt. Die Monopolkommission hält jedoch für problematisch, dass LH durch den Beschluss des Bundeskartellamtes verpflichtet wird, einen Preisabstand zu Germania zu halten. Damit setze sich das Bundeskartellamt dem Vorwurf aus, den Wettbewerber Germania zu schützen und eine aktive Steuerung der Marktstruktur zu betreiben.

Der Monopolkommission ist zuzustimmen, dass eine aktive Steuerung der Marktstruktur im Sinne eines Bestandsschutzes für Wettbewerber im Rahmen der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen abzulehnen ist. Das Bundeskartellamt hat deshalb bei Erlass seiner Verfügung darauf geachtet, dass diese keinen wettbewerbsfreien Raum für den Newcomer Germania schafft. Die Verfügung lässt LH unbenommen, weiterhin in Preis- und Qualitätswettbewerb zu Germania zu treten. Germania kann sich auch nach Erlass des Beschlusses nicht dem Zwang entziehen, die Preise stabil und ihre Kosten unter Kontrolle zu halten. Allerdings beinhaltet die Missbrauchsaufsicht i. S. v. § 19 GWB eine Strukturkontrolle, wenn sie eine sachlich nicht gerechtfertigte Beeinträchtigung von Wettbewerbern zum Gegenstand hat. Der angefochtene Beschluss war nicht ergangen, um eine wettbewerbliche Struktur auf der Luftverkehrsstrecke Berlin–Frankfurt für Geschäftsreisende zu schaffen. Diese wurde vielmehr unabhängig von einem Eingreifen des Bundeskartellamtes durch den Marktzutritt von Germania verbessert. Der angefochtene Beschluss dient jedoch dem Ziel, die neue entstandene Struktur (Duopol statt Monopol) vor Behinderungsmissbrauch durch LH zu sichern. Dieses Vorgehen entspricht gerade der Zielsetzung des § 19.

Diese Einschätzung findet ihre Bestätigung im Übrigen auch in dem Beschluss des OLG Düsseldorf vom 27. März 2002, der ebenfalls dem Vorwurf der aktiven Marktstruktursteuerung widerspricht und in Bezug auf die Amtsentscheidung von einer „genuinen Aufgabe der Missbrauchsaufsicht“ spricht.

49. Weiterhin vertritt die Monopolkommission die Auffassung, dass sich die Einschätzung einer Preissetzung als missbräuchliche Verdrängung auf einen Preis-Kosten-Vergleich stützen sollte. Sie schlägt dazu das Konzept der langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten und – als relevante Untergrenze für den Nachweis missbräuchlicher Verdrängungspreise – die durchschnittlichen, kurzfristig vermeidbaren Kosten vor.

Die Bundesregierung stimmt der Monopolkommission dahingehend zu, dass die Einschätzung einer Preisstellung als missbräuchlicher Verdrängungswettbewerb auch auf einen Preis-Kosten-Vergleich gestützt werden kann. Ein Abstellen auf die langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten von LH, die alle mit einer Angebotsausweitung einhergehenden Kosten – unabhängig davon, ob diese fix oder variabel sind – enthalten, war im vorliegenden Verfahren allerdings nicht praktikabel. LH hatte ihr Angebot als Reaktion auf den Markteintritt von Germania nicht ausgeweitet, sondern bei gleichbleibendem Sitzplatzangebot auf dieser Strecke lediglich ein bestimmtes Kontingent von Sitzen zu den beanstandeten Kampfpreisen angeboten. Den Umfang dieses Kontingentes hatte LH bewusst nicht festgelegt. Da diese Strategie bei Germania unmittelbar zu einem Unterschreiten des Break-even-Sitzladefaktors führte und die entstehenden Verluste einen baldigen Marktaustritt erwarten ließen, hätten zeitraubende Ermittlungen im Rahmen dieses Verfahrens den Verbleib von Germania auf dieser Strecke gefährdet. Auch ein Abstellen auf die durchschnittlichen, kurzfristig vermeidbaren Kosten wäre mit erheblichem Ermittlungsaufwand verbunden gewesen.

Das Bundeskartellamt hatte sich anhand der bereits vorliegenden Streckenergebnisrechnung auch vergewissert, dass der von der Verfügung erfasste Kampfpreis aufgrund der Kostenstruktur der LH auf dieser Strecke nicht annähernd gerechtfertigt war. LH konnte aufgrund ihrer Kostenstruktur die von Germania angebotenen Leistung nicht annähernd so effizient erstellen wie dieser Wettbewerber. LH hat auch während des Verfahrens nicht vorgetragen, dass sie nach dem Eintritt des Newcomers in dieser Strecke Maßnahmen zur Kostensenkung oder sonstige Maßnahmen ergriffen hätte, um die Leistung genauso effizient oder sogar noch billiger anbieten zu können. LH hat eine weitere Preisspaltung vorgenommen und nur auf den von neuem Wettbewerb betroffenen Strecken neben den hohen Business- und Economy-Tarifen zusätzlich den Billigtarif angeboten. Leistungsunterschiede, die diese Spaltung der Flugpreise für die gleiche Strecke rechtfertigen würden, bestanden nicht.

B. Nationale Zusammenschlusskontrolle

50. Seit dem 1. Januar 1999 sind sämtliche kontrollpflichtigen Zusammenschlüsse vor Vollzug anzumelden. Im Berichtszeitraum wurde in insgesamt 135 Fällen ein Hauptprüfverfahren eingeleitet. Das Bundeskartellamt hat 100 Verfahren mit einer förmlichen Verfügung abgeschlossen, in 33 Verfahren stand die Entscheidung noch aus. In 18 Fällen erfolgte die Freigabe unter Auflagen, vier Zusammenschlussvorhaben wurden untersagt.

Nach Auffassung der Bundesregierung führen die durch förmliche und begründete Entscheidung abgeschlossenen Hauptprüfverfahren zu mehr Transparenz hinsichtlich der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes. Auch wird der Rechtsschutz Dritter gegen Freigabeentscheidungen ermöglicht.

51. In 41 Fällen modifizierten die Unternehmen ihr Zusammenschlussvorhaben nach Vorgesprächen mit dem Bundes-

kartellamt oder gaben es vor Erlass einer förmlichen Untersagungsverfügung auf. Das Bundeskartellamt wertet diese sog. Vorfeldfälle als Zeichen der Wirksamkeit der Fusionskontrolle, da alle diese Fälle erhebliche wettbewerbliche Bedenken aufgeworfen haben. Die Gesamtzahl der Vorfeldfälle seit Einführung der Fusionskontrolle hat sich damit auf 360 erhöht. Die Bundesregierung sieht hierin die präventive Wirkung der Fusionskontrolle bestätigt. Die Prüfungsintensität dieser Fälle ist gleichwohl hoch, auch wenn sie nicht zu einer förmlichen Entscheidung führen. Die Unternehmen bevorzugen jedoch oftmals diesen Weg, um nicht mit einer negativen Entscheidung belastet zu werden, die möglicherweise noch in die Zukunft wirkt.

52. In den Jahren 2000 und 2001 wurden die folgenden Zusammenschlüsse untersagt:

1. Westdeutsche Allgemeine Zeitungsverlag GmbH & Co. Zeitschriften und Beteiligungs KG/OTZ Ostthüringer Zeitung Verlag GmbH & Co. KG und OTZ Ostthüringer Zeitung Verlag Verwaltungs GmbH
2. Melitta Benz KG/Benz Beteiligungs KG/Airflo Europe N.V./Airflo Finance B.V./Airflo Holding B.V./Jan Schultink/Frits Schultink
3. Sanacorp e. G. Pharmazeutische Großhandlung/Andrea-Noris Zahn AG
4. Deutsche Post AG/trans-o-flex Schnell Lieferdienst GmbH

Damit ergibt sich für die insgesamt 133 Untersagungen seit Beginn der Fusionskontrolle zum 31. Dezember 2001 der folgende Verfahrensstand:

- 81 Untersagungen sind rechtskräftig geworden oder nach Einleitung eines Gerichtsverfahrens übereinstimmend für erledigt erklärt worden, sieben davon im Berichtszeitraum der Monopolkommission.
- 17 Untersagungen wurden vom Bundeskartellamt zurückgenommen.
- 22 Untersagungen wurden vom Kammergericht oder vom Bundesgerichtshof rechtskräftig aufgehoben.
- In sechs Fällen wurde ein untersagter Zusammenschluss vom Bundesminister für Wirtschaft vollständig oder unter Auflagen genehmigt.
- Gegen sechs Untersagungen läuft das Beschwerdeverfahren vor dem Kammergericht bzw. vor dem Oberlandesgericht. In zwei dieser Fälle ruht das Verfahren.
- In einem weiteren Fall ist die Rechtsbeschwerde vor dem Bundesgerichtshof anhängig.

a. Marktabgrenzung

53. Kritisch setzt sich die Monopolkommission mit der Marktabgrenzung des Bundeskartellamtes bei der Stromversorgung und im Arzneimittelgroßhandel auseinander.

aa. Räumliche Marktabgrenzung in der Stromwirtschaft

54. Nach Ansicht der Monopolkommission ist die vom Bundeskartellamt seit dem Zusammenschlussverfahren RWE/VEW vorgenommene nationale Marktabgrenzung in der Stromwirtschaft kritisch zu beurteilen. Das Bundeskartellamt habe sich bei seinen Entscheidungen daher weitgehend auf prognostizierten, bestenfalls potenziellen Wettbewerb und eine noch nicht in die Praxis umgesetzte Verbändevereinbarung II gestützt. Wie die mittlerweile vom Bundeskartellamt angestrengten Missbrauchsverfahren wegen überhöhter Netznutzungsentgelte zeigen, sei jedoch insbesondere auf der Ebene der lokalen Verteilerunternehmen mit Durchleitungsbehinderungen zu rechnen. Die Monopolkommission befürwortet daher zumindest im Kleinkundenbereich weiterhin eine regionale Marktabgrenzung auf der Grundlage der durch das Eigentum an den Leitungsnetzen abgegrenzten Versorgungsgebiete.

Auch nach Auffassung der Bundesregierung ist trotz der eingeleiteten Liberalisierung der Strommärkte die Bereitschaft der Kleinkunden – im Gegensatz zu den Großkunden (Sondervertragskunden) – zu einem Wechsel des Stromlieferanten hinter den Erwartungen zurückgeblieben. Das Bundeskartellamt hat inzwischen seine Wettbewerbsprognose revidiert und sieht den Markt für die Belieferung von Kleinkunden wieder als regionalen Markt an. Dieser richtet sich nach der Reichweite des jeweiligen Leitungsnetzes und deckt sich mit dem jeweiligen Versorgungsgebiet.

ab. Räumliche Marktabgrenzung im Arzneimittelgroßhandel

55. Die Monopolkommission kritisiert, dass das Bundeskartellamt im Untersagungsfall Sanacorp/Anzag die räumliche Marktabgrenzung anhand der tatsächlichen Absatzgebiete der Sanacorp Niederlassungen vorgenommen und so 14 Regionalmärkte ermittelt hatte. Die tatsächlichen Lieferbeziehungen sind nach Ansicht der Monopolkommission jedoch nur bedingt für die Marktabgrenzung geeignet, weil sie gerade das Ergebnis bestehenden Wettbewerbs sein könnten. Somit bestehe die Gefahr, den von denjenigen Wettbewerbern ausgehenden Wettbewerbsdruck, deren Liefergebiete sich mit denen des betrachteten Großhändlers nicht oder nur teilweise überschneiden, zu unterschätzen. Die tatsächlichen Wettbewerbsverhältnisse im Bereich des pharmazeutischen Großhandels könnten daher am ehesten durch eine Marktabgrenzung auf der Basis einer Radiusbetrachtung um die einzelnen Niederlassungen des Pharmagroßhandels wiedergegeben werden.

Die Monopolkommission kritisiert darüber hinaus, dass sich die Argumentation des Bundeskartellamtes auf das Entstehen einer überregionalen Marktstellung auf drei Regionalmärkte beschränkt habe, obwohl auf weiteren sechs Regionalmärkten die Marktbeherrschungsvermutung des § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB zulasten der Zusammenschlussbeteiligten erfüllt gewesen sei. Die drei der Untersagung zugrunde gelegten Märkte erfüllen dagegen nach Ansicht des Bundeskartellamtes nicht nur die widerlegbare Marktbeherrschungsvermutung, auf ihnen liegen vielmehr noch weitere Umstände (Zugang zu den Absatzmärkten, Marktzutrittsschranken, Informationsvorsprünge) vor, die eine marktbeherrschende Stellung der beteiligten Unternehmen begründeten.

56. Die Bundesregierung versteht die Ausführungen der Monopolkommission dahin gehend, dass auch sie die Untersagung des Zusammenschlusses für gerechtfertigt hält, wenn auch anhand einer vom Bundeskartellamt abweichenden räumlichen Marktabgrenzung.

Das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf hat die Untersagungsverfügung aufgehoben, das Bundeskartellamt hat gegen diese Entscheidung Rechtsbeschwerde eingelegt. Die Bundesregierung nimmt zu dem laufenden Verfahren nicht Stellung.

b. Fusionen im Energiebereich (vertikale Vorwärtsintegration)

57. Im Sommer 2000 wurde die Fusion RWE/VEW vom Bundeskartellamt unter Auflagen freigegeben. In diesem Zusammenhang betrachtet die Monopolkommission weitere Zusammenschlüsse im Energiebereich, die in der Regel Beteiligungen der großen Verbundunternehmen an unabhängigen Regionalversorgern oder Stadtwerken betreffen. Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass die zahlreichen Beteiligungen der Verbundunternehmen an regionalen und lokalen Strom- und Gasversorgern in ihrer Gesamtheit betrachtet werden müssen. Eine isolierte Betrachtung jedes einzelnen Falles sei nicht geeignet, die wettbewerbliche Gesamtwirkung der durch die Zusammenschlüsse bewirkten Strukturveränderungen zu erfassen. Die Monopolkommission sieht in der Vielzahl von vertikalen Beteiligungen, die große Verbundunternehmen an Stadtwerken eingehen, die Gefahr einer Gesamtstrategie zur Abschreckung von neuen Marktteilnehmern. Sie regt an, dem Bundeskartellamt für diese Fälle gesetzlich zu ermöglichen, mehrere Märkte unterhalb der Bagatellschwelle des § 35 Abs. 2 Nr. 2 GWB zusammenzufassen und in ihrer Bündelwirkung wettbewerblich zu bewerten.

Nach Auffassung der Bundesregierung sind die gesetzlichen Regelungen der Fusionskontrolle grundsätzlich geeignet, auch in den Fällen der vertikalen Integration von Stromunternehmen angemessene Ergebnisse zu erreichen. Daher besteht keine Notwendigkeit zur Ausweitung der Fusionskontrolle im Energiebereich. Die Bundesregierung wird jedoch die Anregung der Monopolkommission im Rahmen der anstehenden Novellierung des GWB prüfen.

c. Anwendung der Abwägungsklausel bei Zusammenschlüssen im Bereich der Breitbandkabelnetze

58. Die Monopolkommission kritisiert, das Bundeskartellamt habe im Fusionsfall Callahan/NetCologne den Angaben von NetCologne, seine Tätigkeit als NE3-Betreiber nicht über sein derzeitiges Tätigkeitsgebiet ausdehnen zu wollen, vertraut. Die Berücksichtigung solcher Verhaltenserwartungen sei jedoch ebenso unzulässig wie informelle Verhaltenszusagen, da sie mit erheblichen Unsicherheiten verbunden seien und Marktstrukturbedingungen nicht ersetzen können.

Der Monopolkommission ist zuzustimmen, dass informelle Verhaltenszusagen bei der Entscheidung des Bundeskartellamtes keine Berücksichtigung finden können. Zu beurteilen war hier jedoch die Stellung von NetCologne als potenzieller Wettbewerber auf dem Signallieferungsmarkt. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass eine Ausweitung der Tätigkeit von NetCologne geplant sei, lagen nicht vor. Sie sind aber erforderlich, wenn beurteilt werden muss, inwieweit der Wegfall potenziellen Wettbewerbs als Element der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu berücksichtigen ist.

59. Nach Ansicht der Monopolkommission hat das Bundeskartellamt die Beteiligung von 45 % der Deutschen Telekom AG (DTAG) an Callahan Nordrhein-Westfalen GmbH (CNRW) bei der Abwägung nicht berücksichtigt. Infolge einer ausführlichen Prüfung der Verträge war nach Auffassung des Bundeskartellamtes im vorliegenden Fall ausnahmsweise nicht zu erwarten, dass CNRW auf ihren Mitgesellschafter DTAG Rücksicht nehmen würde. Es entspreche vielmehr der Interessenlage des Mehrheitsgesellschafters, unabhängig von der DTAG zu handeln, da nur dann das (ursprüngliche) Geschäftsmodell von CNRW hätte realisiert werden können. Das OLG Düsseldorf hat der Beschwerde eines Wettbewerbers gegen die Entscheidung des Bundeskartellamtes aufschiebende Wirkung zuerkannt, da gemäß § 65 Abs. 3 Nr. 2 GWB ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Freistellung bestanden. Zu einer Entscheidung in der Hauptsache kam es nach Rücknahme der Beschwerde jedoch nicht.

60. Im Hinblick auf die Entscheidung des Bundeskartellamtes im Fall LibertyKabel Deutschland kritisiert die Monopolkommission (Tz. 454 ff.), das Bundeskartellamt habe die historisch überkommene Trennung der Netzebenen 3 und 4 und die mit ihrer Überwindung zu erwartenden Effizienzvorteile nicht in hinreichendem Maße berücksichtigt.

Die Bundesregierung teilt insoweit die Ansicht der Monopolkommission, dass die Trennung der Netzebenen einen Ausbau des Kabels erschwert. Die Überwindung dieser Trennung kann daher im Rahmen der Abwägungsklausel berücksichtigt werden. Andererseits ist aber auch zu berücksichtigen, dass praktisch die einzigen wettbewerblichen Impulse auf dem relevanten Markt von Unternehmen ausgehen, die aus unabhängigen Netzebene-4-Betreibern hervorgegangen sind. Auch die Breitband-Aktivitäten von City Carriern wie NetCologne sind oft ein Ergebnis des Ausbaus der Netzebene 4 durch diese Unternehmen.

Zwar hätte die Integration der Netzebenen die Etablierung von Wettbewerb insbesondere in dem von der DTAG beherrschten Internetzugangsmarkt erleichtern können. Allerdings hielt es das Bundeskartellamt nicht für hinreichend erwiesen, dass der für ein umfassendes Internetangebot erforderliche umfangreiche Ausbau des Breitbandkabelnetzes auch tatsächlich durchgeführt wird. Die mit der Aufgabe des Eigentums an dem Breitbandkabelnetz seitens der DTAG unmittelbar eintretende strukturelle Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse allein überwog nach Auffassung des Bundeskartellamtes die eintretenden Wettbewerbsverschlechterungen nicht.

61. Die Berücksichtigung des zu erwartenden Wettbewerbs ist nur dann möglich, wenn bestimmte Erwartungen (z. B. Liberty werde das Netz ausbauen und TK-Dienste über das ausgebaute Netz anbieten) der Prognose zugrunde gelegt werden. Eine Prognose über die künftige Entwicklung der Marktstruktur kann nicht völlig vom erwarteten Verhalten der beteiligten Unternehmen getrennt werden. Die Berücksichtigung von Verhaltenserwartungen (sowohl zulasten der fusionierenden Unternehmen als auch, bei der Anwendung der Abwägungsklausel, zu ihren Gunsten) muss daher jedenfalls dann zulässig sein, wenn die Marktstruktur verlässliche Anreize für ein bestimmtes Verhalten setzt.

Dass entgegen der Ansicht der Monopolkommission das Eigentum an natürlichen Monopolen veräußert werden kann,

belegt die Freigabe des Bundeskartellamtes bezüglich der Veräußerung der Anteilsmehrheit an dem regionalen Kabelnetzbetreiber in Hessen. Eine solche Veräußerung bleibt immer dann zulässig, wenn sie nicht zu einer Verstärkung der aus dem natürlichen Monopol folgenden Marktstellung führt.

d. Bedingungen und Auflagen

62. Das Bundeskartellamt hat im Berichtszeitraum in 18 Fällen von der durch die sechste GWB-Novelle eingeführte Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Freigabe von Zusammenschlüssen mit Nebenbestimmungen in Form von Auflagen und Bedingungen zu versehen. Nach Meinung der Bundesregierung betont die Monopolkommission zu Recht, dass die Durchsetzung von Auflagen zu praktischen Schwierigkeiten führen kann, weil diese erst nach dem Vollzug des Zusammenschlusses erfüllt werden müssen. Bedingungen hingegen müssen vor dem Vollzug erfüllt werden und weisen diese Schwierigkeit daher nicht auf. In der Tat spielte die Festsetzung aufschiebender Bedingungen im Berichtszeitraum keine große Rolle. Allerdings ist in jüngerer Zeit eine verstärkte Verwendung von Bedingungen durch das Bundeskartellamt festzustellen.

C. Europäische Fusionskontrolle

63. Mit der Beurteilung der europäischen Fusionskontrollpraxis durch die Monopolkommission stimmt die Bundesregierung weitgehend überein. Hervorzuheben sind hierbei die folgenden Punkte:

a. Marktbeherrschung

64. Im Zusammenhang mit der Fusion GE/Honeywell kritisiert die Monopolkommission die Entscheidung der EU-Kommission, die die Untersagung auch damit begründet habe, die von der Fusion ausgehenden Effizienzsteigerungen würden eine marktbeherrschende Stellung bewirken. Auch nach Auffassung der Bundesregierung wäre es problematisch, wenn Wettbewerbsbehörden die Verbesserung von Angeboten der Marktbeherrscher grundsätzlich als Verstärkung marktbeherrschender Stellungen bewerteten (vgl. Tz. 502). Die Veränderung oder Verbesserung des Angebotes eines Marktbeherrschers kann von Wettbewerbsbehörden im Rahmen der Fusionskontrolle nur im Zusammenhang mit externem Wachstum auf seine wettbewerblichen Wirkungen hin untersucht werden. Führt sie dann zu einer Verstärkung der Marktbeherrschung, so ist das Zusammenschlussvorhaben zu untersagen.

65. Die Bundesregierung schließt sich der Kritik der Monopolkommission an der neuen Praxis der EU-Kommission zur Sanierungsfusion (vgl. Tz. 526) an. Im bisher einzigen Fall einer Sanierungsfusion hatte die EU-Kommission drei Voraussetzungen aufgestellt, bei deren Erfüllung der notwendige Ursachenzusammenhang zwischen Zusammenschluss und marktbeherrschender Position verneint werden kann. Dazu gehört das Erfordernis, dass die Marktposition des erworbenen Unternehmens im Fall seines Ausscheidens aus dem Markt vollständig dem erwerbenden Unternehmen zuwachsen würde. In dem von der EU-Kommission nun behandelten weiteren Fall BASF/Pantochim/Eurodiol war diese Bedingung nicht erfüllt. In Abweichung von ihrer bisherigen Entscheidungspraxis verzichtete die EU-Kommission auf die Erfüllung dieses Kriteriums und verglich statt dessen die (voraussichtlichen) Wettbewerbsbedingungen mit und ohne den geplanten Zusammenschluss. Der Einschätzung der Monopolkommission, die Europäische Kommission habe mit dieser Entscheidung kein Präjudiz schaffen wollen, scheint nicht zuzutreffen. Ausweislich des Entwurfs ihrer „Horizontal Merger Guidelines“ beabsichtigt die EU-Kommission, die in dieser Entscheidung aufgestellten und von der Rechtsprechung abweichenden Kriterien auch in Zukunft anzuwenden.

b. Änderungsverpflichtungen

66. Die Monopolkommission kritisiert, dass der Text der Bekanntmachung der Europäischen Kommission über zulässige Abhilfemaßnahmen in Zusammenschlussverfahren hinsichtlich der Möglichkeit der Entgegennahme von Verhaltenszusagen vage formuliert ist. Auch die Bundesregierung ist der Auffassung, dass Verhaltenszusagen kaum in der Lage sind, strukturelle Probleme effektiv und dauerhaft zu lösen. Sie sind zudem schon aufgrund ihres Dauercharakters nicht kurzfristig umzusetzen und bedürfen ständiger Überwachung, die schon mangels entsprechender personeller Ressourcen umso weniger zu leisten sein wird, je mehr Zusammenschlüsse unter Verhaltensauflagen freigegeben werden.

67. Berechtigt ist auch die kritische Bewertung der bisherigen Verfahrensweise bei der Entgegennahme von Zusagen sowie ihrer Übermittlung und der Übermittlung von Entscheidungsentwürfen an die Mitgliedstaaten. Die immer klarer erkennbare Tendenz der EU-Kommission, entscheidende Dokumente unter Missachtung der 14-Tage-Frist des Artikel 19 Absatz 5 Fusionskontrollverordnung (FKVO) nur äußerst kurzfristig zu übersenden, schränkt die Beteiligungsrechte der Mitgliedstaaten erheblich ein. Die von der EU-Kommission vorgelegten Vorschläge zur Novelle der Fusionskontrollverordnung bieten mit der Regelung zur Fristverlängerung bei der Vorlage von Zusagen oder auf Antrag der Unternehmen bzw. der EU-Kommission bei komplexen Fällen zumindest den Ansatz einer Lösung. Die bisherige Praxis der EU-Kommission zur Nachverhandlung von Zusagen auch nach Ablauf der 3-Monatsfrist in Artikel 18 Abs. 2 der Durchführungs-VO, die von der Monopolkommission zu Recht gerügt wird, setzt allerdings kein gutes Zeichen. Es erscheint daher von zentraler Bedeutung, den Umgang mit zunächst unzureichenden Zusagen eindeutig zu regeln. In Fällen, in denen die zunächst vorgelegten Zusagen die wettbewerblichen Bedenken nicht oder nicht vollständig ausräumen bzw. in Situationen, in denen der Markttest negativ ausfällt, legen die Parteien häufig modifizierte Zusagen vor („second shot“). Auch für diese sollte ein eindeutiges Fristende vorgesehen werden. Andernfalls steht zu befürchten, dass die EU-Kommission ihre Praxis der „unendlichen“ Nachverhandlung auch bei einem Anhalten der Frist weiter fortsetzen wird.

68. Schließlich weist die Monopolkommission auf die bedenkliche Tendenz der Europäischen Kommission hin, unter nicht im Einzelnen festgelegten Voraussetzungen erhebliche Änderungen von Zusagen in der ersten Phase zu akzeptieren. Eine Nachbesserung von Zusagen in dieser Phase widerspricht dem Konzept der FKVO, demzufolge Fälle mit erheblichen wettbewerblichen Problemen in die 2. Phase gelangen sollen. Nur bei klar umrissenen und leicht lösbaren

Problemen kommen Zusagen in der ersten Phase in Betracht (s. Ziff. 11 der Mitteilung der EU-Kommission über zulässige Abhilfemaßnahmen). Nachbesserungsbedarf an solchen zeigt aber schon, dass diese Voraussetzung nicht vorliegt. Mit der Tendenz zu immer komplexeren Zusagen in der ersten Phase unterläuft die EU-Kommission die gesetzlich vorgesehene Beteiligung von Mitgliedstaaten und Dritten.

c. Verweisungspraxis nach Artikel 9 FKVO

69. Die Monopolkommission begrüßt es, dass die Europäische Kommission für eine Verweisungsentscheidung nach Artikel 9 FKVO keine definitive Marktabgrenzung fordert und darüber hinaus Teilverweisungen nicht nur für regionale/lokale, sondern auch für nationale Märkte erlassen hat. Auch die Bundesregierung befürwortet es, die Voraussetzungen von Verweisungen an die Mitgliedstaaten zu erleichtern. Anders als die Monopolkommission lehnt sie jedoch den Vorschlag der EU-Kommission ab, die bestehende Drei-Wochen-Frist für die Antragstellung auf zwei Wochen zu verkürzen. Denn die erheblichen Anforderungen an die Wettbewerbsbehörden, die Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu begründen, bleiben ebenso bestehen wie der umfangreiche Abstimmungsbedarf.

70. Die Monopolkommission weist auf die Vorteile von Teilverweisungen an eine nationale Wettbewerbsbehörde hin, die auch dann auftreten, wenn der auf der europäischen Ebene verbleibende Teil eines Zusammenschluss in der 2. Phase bei der EU-Kommission geprüft wird. Auf diesem Wege sei gewährleistet, dass die jeweils sachnähere Behörde die entsprechenden Teile des Zusammenschlusses prüft. In dieser Bewertung ist der Monopolkommission zuzustimmen. Darüber hinaus kritisiert die Monopolkommission den weiten Ermessensspielraum der Europäischen Kommission bei Verweisungsentscheidungen. Liegen die Verweisungsvoraussetzungen vor, so dürfte nur in wenigen Ausnahmefällen ein Grund gegeben sein, dass die Europäische Kommission den Fall weiter prüfen sollte. Auch die Bundesregierung würde es begrüßen, wenn die EU-Kommission von ihrem Ermessen zugunsten einer Verweisung an die nationalen Behörden möglichst umfassend Gebrauch machen würde.

d. Verfahrensabgabe gemäß Artikel 22 FKVO

71. Die Bundesregierung stimmt mit der Monopolkommission überein, dass Artikel 22 FKVO heute die Aufgabe hat, neben Artikel 9 FKVO als Instrument zur Feinsteuerung der Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Kommission und nationalen Wettbewerbsbehörden zu dienen. Ein gemeinsamer Verweisungsantrag mehrerer Mitgliedstaaten an die EU-Kommission ist sinnvoll für solche Mehrfachnotifizierungen, bei denen die Wettbewerbsprobleme nur einheitlich für alle Mitgliedstaaten gelöst werden können und Zusagen bzw. Auflagen unteilbar sind.

Die Vorschläge der Monopolkommission für eine praktikablere Formulierung des Artikel 22 Abs. 4 FKVO unterstützt die Bundesregierung, soweit der in Artikel 22 Abs. 4 FKVO genannte Beginn der Verweisungsfrist für die Mitgliedstaaten klarer definiert sowie die nationalen Entscheidungsfristen ausgesetzt werden, sobald ein Antrag nach Artikel 22 FKVO erfolgt.

72. Die Bundesregierung teilt aber nicht die Auffassung der Monopolkommission, bereits bei Vorliegen eines gemeinsamen Verweisungsantrags von zumindest drei Mitgliedstaaten lägen starke Indizien für eine gemeinschaftsweite Bedeutung des Zusammenschlussverfahrens vor, weswegen der gesamte Zusammenschluss automatisch in die Kompetenz der Europäischen Kommission zu übertragen sei. Zwar erscheint es auch aus Sicht der Bundesregierung erstrebenswert, wenn die EU-Kommission bei der Erfüllung bestimmter Kriterien die alleinige Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens übernimmt. Insofern entspricht die Idee der Monopolkommission im Wesentlichen den von der EU-Kommission vorgelegten Vorschlägen zur Optimierung der Fallverteilung zwischen EU-Kommission und Mitgliedstaaten im Rahmen der Revision der FKVO.

Nach Auffassung der Bundesregierung reicht jedoch allein eine bestimmte Anzahl von Anträgen nicht aus, um grundsätzlich von der Regelung des Artikel 1 FKVO abzuweichen und die gemeinschaftsweite Bedeutung eines Zusammenschlusses zu belegen. Zumindest muss für einen solchen Fall gefordert werden, dass zu den Antrag stellenden Mitgliedstaaten diejenigen gehören, in denen der wirtschaftliche und wettbewerbliche Schwerpunkt des Zusammenschlusses liegt.

e. Reformüberlegungen

73. In ihren Ausführungen zu den Reformüberlegungen der Europäischen Kommission zur Fusionskontrollverordnung setzt sich die Monopolkommission auf der Grundlage des Grünbuchs der EU-Kommission u. a. mit einer Änderung der Schwellen des Artikel 1 FKVO und der so genannten „3plus"-Lösung zur Neuordnung der Zuständigkeitsverteilung auseinander. Inzwischen hat die EU-Kommission allerdings weiterentwickelte Vorschläge an den Rat übermittelt, in denen diese Vorschläge nicht mehr enthalten sind.

Der Monopolkommission ist darin beizupflichten, dass eine Absenkung der Schwellen des Artikel 1 FKVO nicht sachgerecht wäre, da diese sich grundsätzlich bewährt haben und im Regelfall eine angemessene Fallverteilung bewirken. Die Kritik der Monopolkommission an der $^{2}/_{3}$-Regelung überzeugt hingegen nicht. Die $^{2}/_{3}$-Regelung ist sinnvoll, um Zusammenschlussvorhaben, die zwar die Umsatzschwellen des Artikel 1 Abs. 2 FKVO erfüllen, ihren wirtschaftlichen Schwerpunkt jedoch in einem Mitgliedstaat haben, herauszufiltern. Die durch sie ausgedrückte Marktposition der Parteien in verschiedenen Ländern wird sich regelmäßig nicht derart schnell verändern, dass sie im Zeitraum von knapp einem Jahr keine Aussagekraft mehr haben. Dass in einem solchen Zeitraum aus einem Zusammenschluss mit nationalem Schwerpunkt ein solcher mit europäischer Dimension entsteht, wird sich nur im Ausnahmefall feststellen lassen. In solchen Ausnahmefällen kann erforderlichenfalls auf Verweisungen nach Artikel 22 FKVO zurückgegriffen werden. Die Bundesregierung begrüßt es deshalb, dass nicht nur die Umsatzschwellen, sondern auch die $^{2}/_{3}$-Klausel in dem Entwurf der EU-Kommission für eine Revision der FKVO unverändert geblieben sind.

f. Marktbeherrschungstest versus „Substantial lessening of Competition“

74. Die Monopolkommission führt aus, dass sie derzeit keine Gründe für einen Wechsel des Prüfungskriteriums in der europäischen Fusionskontrolle sieht, da eine weit gehende materiell-rechtliche Übereinstimmung bestehe. Insbesondere sieht sie für den Vorwurf, der Marktbeherrschungstest weise wirtschaftstheoretische Schwächen auf, keine Bestätigung. Vielmehr habe sich der Marktbeherrschungstest in der Vergangenheit als hinreichend flexibel und anpassungsfähig erwiesen. Auch bestünden in Bezug auf den Umgang mit oligopolistischer Marktbeherrschung, vertikaler Integration und konglomeraten Zusammenschlüssen kaum Unterschiede.

Die Bundesregierung teilt die Stellungnahme der Monopolkommission. Sie wird sich bei weiteren Verhandlungen für ein Festhalten am Marktbeherrschungstest einsetzen.

g. Fusionsspezifische Effizienzvorteile

75. Die Monopolkommission führt eine Reihe von Gründen an, die belegen, warum aus ihrer Sicht eine explizite Berücksichtigung von Effizienzvorteilen auf der Basis einer fallweisen Betrachtung der Fusionskontrolle nicht dienlich wäre. Sie zweifelt an der Möglichkeit der EU-Kommission, die relevanten Informationen zu erlangen, und führt dabei auch den enormen Zeit- und Kostenaufwand an, der zur Informationsbeschaffung und für die Berücksichtigung von Effizienzen in Fusionskontrollverfahren erforderlich wäre. Sie sieht die Gefahr, dass die EU-Kommission in großem Umfang auf die Expertise der Parteien angewiesen wäre, die zum einen über eine bessere Informationsgrundlage als die Wettbewerbsbehörde und die anderen Marktteilnehmer verfügen, dabei aber gleichzeitig einen Anreiz haben, möglichst weitreichende Effizienzgewinne darzustellen. Die Berücksichtigung von Effizienzen bedürfe einer Abwägung der prognostizierten positiven und negativen Wirkungen des Zusammenschlusses. Angesichts der zu erwartenden Informationsdefizite bliebe es der EU-Kommission überlassen, wie sie diese Wirkungen gewichtet. Eine Erweiterung des Beurteilungsspielraums der EU-Kommission würde eine Ausdünnung der gerichtlichen Kontrolle und eine erhöhte Rechtsunsicherheit bedeuten. Gleichzeitige Folge wäre eine Erhöhung des Risikos, dass sachfremde Ziele Einzug in die Fusionskontrolle halten und dass ein Einfallstor für politische Einflussnahme vergrößert würde.

Auch in diesem Punkt stimmt die Bundesregierung den Ausführungen der Monopolkommission zu. Die Weitergabe von Effizienzvorteilen an die Verbraucher ist außerdem nur dann gesichert, wenn auf den betroffenen Märkten Wettbewerb bestehen bleibt.

h. Vereinfachtes Verfahren

76. Wie die Monopolkommission lehnt auch die Bundesregierung den Vorschlag der EU-Kommission ab, das vereinfachte Verfahren in Form einer Gruppenfreistellungsverordnung zu kodifizieren. Gleiches gilt für das Vorhaben, eine Bagatellmarktklausel einzuführen. In ihren aktuellen Vorschlägen zur Novelle der FKVO hält die Europäische Kommission an dem Vorschlag einer Bagatellmarktklausel nicht mehr fest.

i. Das Fristenregime bei Zusagen

77. Nach Ansicht der Monopolkommission sollte die bisher unzureichende Gewährleistung der Beteiligungsrechte der Mitgliedstaaten und Dritter in der zweiten Verfahrensphase verbessert werden. Um die Rechte der Mitgliedstaaten zu wahren, sei es erforderlich, dass unabhängig von einem Antrag der Parteien – also automatisch – bei der Vorlage von Zusagen die Frist um zwei Wochen verlängert wird. Dagegen hat die Monopolkommission gravierende Bedenken gegen eine Verlängerung der Fristen bereits in der ersten Verfahrensphase. In der ersten Phase sollten ursprünglich nur Fälle abgeschlossen werden, die keine wettbewerblichen Probleme aufwerfen. Liegen solche vor, muss die Hauptprüfphase eingeleitet werden, damit ausreichend Zeit für Ermittlungen und Markttests zur Verfügung steht sowie Anhörungs- und Beteiligungsrechte gewahrt bleiben. In beiden Hinsichten stimmt die Bundesregierung dieser Beurteilung zu.

78. Die Monopolkommission lehnt eine aktivere Rolle der Europäischen Kommission bei der Bestimmung geeigneter Auflagen und Bedingungen ab. Einerseits seien die beteiligten Unternehmen am besten in der Lage zu erkennen, welche Zugeständnisse aus unternehmerischer Sicht erforderlich und durchführbar sind und andererseits bestünde die Gefahr, dass die EU-Kommission mit einer weiter gehenden Beteiligung an der Zusagengestaltung aktive Strukturpolitik betreibt. Die Monopolkommission spricht damit ein grundsätzliches Problem an, das auch bei der vom Bundeskartellamt im Mai 2003 veranstalteten 11. Internationalen Kartellkonferenz diskutiert wurde. Nach Auffassung der Bundesregierung darf die unternehmerische Freiheit der Unternehmen durch die Wettbewerbsbehörden nur so weit eingeschränkt werden, wie dies zur Sicherung des Wettbewerbs unbedingt erforderlich ist.

79. Die Monopolkommission schlägt schließlich vor, dass die Europäische Kommission die Mitgliedstaaten fortlaufend (z. B. jährlich) über die Umsetzung von Zusagen und ihre Auswirkungen auf die betroffenen Märkte informiert. Auch diese Anregung begrüßt die Bundesregierung – insbesondere weil die Europäische Kommission Änderungsklauseln in die Zusagenvereinbarungen aufgenommen hat. Diese Informationen sind hilfreich, um die Wirksamkeit der Zusagen für künftige Fälle – auch nationale – besser einschätzen zu können.

V. Das Internet als wettbewerbspolitische Herausforderung (Kapitel V)

80. Das Internet stellt eine globale Informations-, Kommunikations- und Vertriebsinfrastruktur dar, deren Nutzung durch Unternehmen und Verbraucher geeignet ist, wirtschaftliche Abläufe grundlegend zu verändern. Auch wenn die anfängliche Euphorie über die Möglichkeiten der Internetwirtschaft abgeklungen ist, so ist doch zu erwarten, dass der zunehmende Gebrauch des Internets nachhaltige Auswirkungen auf das Wirtschaften haben wird. Insbesondere führen Transaktionen über das Internet zu sinkenden Transaktions- und Organisationskosten, horizontale und vertikale Preistransparenz sind leichter herzustellen als bisher.

Das Internet ist ein virtuelles Netz, bei dem die Kommunikation über physische Transportwege, die verschiedenen Trägern gehören und mittels verschiedener Kommunikationstechniken genutzt werden können. Die eigentliche

Datenübertragung kann über Kupferkabel (Telefonleitung), Glasfaserkabel, Koaxialkabel (Fernsehkabel) oder durch Funk- und Satellitenübertragung erfolgen. Der physische Zugang zum Internet, d. h. der Zugang zum Netz ihres jeweiligen Dienstanbieters (Provider), erfolgt für die meisten Internetnutzer in der Bundesrepublik Deutschland bisher über die Telefonleitungen der Deutschen Telekom AG (DTAG).

Es existiert jedoch eine Vielzahl weiterer Anbieter mit z. T. erheblichen Marktanteilen. Auch unterliegt die T-Online International AG durch europaweit tätige Anbieter wie AOL Europe einem internationalen Konkurrenzdruck.

81. Die Bundesregierung teilt in den meisten Punkten die Auffassung der Monopolkommission. Zu Recht betont sie, dass die Internetwirtschaft keine kartellrechtlichen Sonderregelungen erfordert. Das allgemeine Wettbewerbsrecht ist aufgrund seines hohen Abstraktionsgrades geeignet, die Sachverhalte der Internetökonomie sachgerecht zu behandeln. Den Besonderheiten der „new economy“, insbesondere den Netzeffekten und der hohen Innovationsdynamik, kann im Rahmen der wettbewerblichen Analyse Rechnung getragen werden.

82. Die Bundesregierung stimmt der Monopolkommission in ihrer Einschätzung zu, dass Zusammenschlüsse zwischen Inhalteanbietern und Infrastrukturanbietern die Gefahr der Schaffung von Markteintrittsbarrieren erhöhen können. Wie die Monopolkommission zu Recht ausführt, kann dieser Gefahr u. a. durch Auflagen begegnet werden, die einen nicht exklusiven Vertrieb von Inhalten vorschreiben.

83. Die Monopolkommission kritisiert die Entgeltgenehmigung der RegTP für den breitbandigen Internetzugang T-DSL. Die RegTP kam in ihrer Entscheidung vom März 2001 zwar zum Ergebnis, dass die verlangten Preise teilweise nicht kostendeckend waren, sah es jedoch als nicht erwiesen an, dass die Unterkostenangebote Wettbewerber verdrängen würden. In der Begründung kommt auch zum Ausdruck, dass übergeordnete wirtschaftliche Erwägungen eine Rolle gespielt haben, nämlich eine schnelle Marktdurchdringung mit breitbandigen Internetanschlüssen zu erreichen. Das Bundeskartellamt hatte sich bei seiner Stellungnahme gemäß § 82 S. 3 TKG gegen die Genehmigung ausgesprochen, da der Wettbewerb beim breitbandigen Internetzugang durch diese Entscheidung behindert würde.

84. Angesichts der Impulse, die von dem Internetvertrieb von Büchern in den letzten Jahren auf den Büchermarkt ausgingen, behandelt die Monopolkommission die Frage der Buchpreisbindung im Kontext des Internetkapitels. Die Bundesregierung teilt grundsätzlich die Bedenken der Monopolkommission gegen eine Zementierung der Preisbindung für Verlagserzeugnisse nicht. Die Monopolkommission bezweifelt, dass die seit über 100 Jahren geltende gesetzliche Preisbindung zur Sicherung der Vielfalt bei Titeln, Verlagen und im Buchhandel erforderlich ist. Alternative Maßnahmen wie eine Ausweitung der Remissionsrechte, Einkaufsgemeinschaften kleiner und mittlerer Buchhandlungen oder die Förderung schwer verkäuflicher Werke aus Bestsellerfonds könnten zu vergleichbaren Ergebnissen führen, ohne den Wettbewerb und die freie Preisbildung unangemessen zu beschränken. Es wird bezweifelt, dass die von der Monopolkommission angeregten Überlegungen die kulturelle Vielfalt der Verlagserzeugnisse in gleicher Weise sicherstellen können.

85. Die Monopolkommission stellt in ihrem Gutachten die Rechtslage zur Patentierbarkeit und Patentierung von Softwareprodukten dar und beleuchtet sie aus ökonomischer Sicht. Die Entwicklung von Software sei generell nicht kapitalintensiv, außerdem bestünden auf diesen Märkten bereits Netzeffekte, die wiederum Konzentrationstendenzen begünstigen. Durch Softwarepatente würden insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen erhebliche Marktbarrieren entstehen. Die Monopolkommission rät daher der Bundesregierung, keine Ausweitung des Patentschutzes auf Software vorzusehen und entsprechenden Tendenzen der Europäischen Kommission eine Absage zu erteilen.

Grundlage der rechtlichen Regelung ist, dass auf allen Gebieten der Technik rechtlicher Schutz durch Patentrechte zur Verfügung gestellt werden muss. Dies ist international im WTO-Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte geistigen Eigentums (WTO-TRIPS-Übereinkommen, Artikel 27) verankert. Das bedeutet, dass für jede Erfindung, die die in Artikel 52 Abs. 1 des Europäischen Patentübereinkommens (EPÜ) bzw. § 1 des Patentgesetzes (PatG) genannten Patentierungsvoraussetzungen erfüllt, Patentschutz zu gewähren ist. Eine gänzliche Abschaffung der Patente im Softwarebereich wäre daher aufgrund der angeführten internationalen Bindungen nicht möglich. Sinnvoll ist aber eine Präzisierung der rechtlichen Voraussetzungen der Patentierung von computerimplementierten Erfindungen zur Herbeiführung einer einheitlichen Rechtsanwendung zumindest innerhalb des europäischen Binnenmarktes, die durch den Vorschlag der Europäischen Kommission über die Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen erreicht werden soll.

Angestrebt wird vonseiten der Bundesregierung keinesfalls eine Ausweitung, eher eine Einschränkung der derzeitigen Patentierungspraxis. Konzentrationstendenzen soll ebenso entgegengewirkt werden wie einer Angleichung an die sehr großzügige US-amerikanische Patentierungspraxis. Mit den beteiligten Kreisen, darunter auch Vertretern der Open-Source-Bewegung sowie Vertretern von Patentamt und -gerichten finden ausführliche Konsultationen statt, um die Formulierung der Richtlinie einer Prüfung zu unterziehen. Verschiedene Mitgliedstaaten, so auch die Bundesregierung, haben die auch durch das Hauptgutachten bemängelte Unschärfe und Auslegungsbedürftigkeit der Richtlinie im Verlauf der Verhandlungen gerügt. Mit einer deutlicheren Formulierung ist daher zu rechnen, die die Zielsetzung auch für die Nutzer verständlich umsetzt.

86. Die Monopolkommission äußert sich im Zusammenhang mit dem Internet auch zum Online-Vertrieb von Arzneimitteln. Sie kommt zu dem Schluss (Tz. 705–707), dass das deutsche Arzneimittel-Versandverbot auf „Internetapotheken“ aus dem EG-Ausland in Deutschland keine Anwendung finden dürfte. Begründet wird dies damit, dass die E-Commerce-Richtlinie und damit das Herkunftslandprinzip umfassend für Internetapotheken Anwendung finden müsse. Die Zulässigkeit des Versandes durch die in den Niederlanden niedergelassenen Internetapotheken sei damit nach niederländischem Recht zu beurteilen (Tz. 706). Der Befund wird mit wirtschaftlichen Erwägungen gestützt (vgl. Tz. 707).

Die Argumentation an dieser Stelle im Gutachten steht in gewissem Widerspruch zu den Ausführungen zur E-Commerce-Richtlinie an anderer Stelle im selben Gutachten (Tz. 677), wo richtigerweise darauf hingewiesen wird, dass die „Anforderungen an nicht elektronische Geschäftsbestandteile“ nicht unter den „koordinierten Bereich“ der Richtlinie fallen und das Herkunftslandprinzip hier also keine Anwendung findet.

In der Frage der Vereinbarkeit des Verbots der Internetapotheken mit dem europäischen Recht stimmt die Bundesregierung nicht mit der Monopolkommission überein. Die gegenwärtigen deutschen Regelungen verbieten Werbung für zulassungspflichtige Arzneimittel (§ 3a Heilmittelwerbegesetz) und den Versandhandel mit Arzneimitteln (§ 43 Abs. 1 Arzneimittelgesetz). Das Versandverbot wird nicht durch die E-Commerce-Richtlinie berührt. Der Versand der Arzneimittel wie auch die Beschränkung des Vertragsschlusses darüber fallen nicht unter die E-Commerce-Richtlinie und sind damit nach deutschen Recht zu beurteilen (Erwägungsgrund 18 und explizit Erwägungsgrund 21 sowie Artikel 2 lit h ii E-Commerce-Richtlinie und die Ausnahme des Verbrauchervertrages im Annex). Ohne Gesetzesänderung ist der Versand daher nicht zulässig.

Die Frage der Rechtmäßigkeit des praktizierten elektronischen Handels einschließlich Versandhandels mit Arzneimitteln liegt zu Zeit mehreren deutschen Gerichten zur Entscheidung vor. Auch ist ein Vorlageverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof (Rechtssache C-322/01) aufgrund des Vorlagebeschlusses des LG Frankfurt am Main (3/11 O 64/01) anhängig; mit der Entscheidung des EuGH wird im Laufe des Jahres 2003 gerechnet. Die Schlussanträge hat die Generalanwältin am 11. März 2003 gestellt, nach denen das deutsche Versandverbot in der jetzigen Fassung des Arzneimittelgesetzes gegen Artikel 28 EG-Vertrag verstoßen würde.

Als Ergebnis des „Runden Tisches“ im Gesundheitswesen soll die Möglichkeit der Zulassung des Internetversandes von der Bundesregierung geprüft werden, wobei aber der Gewährleistung von Arzneimittelsicherheit, Verbraucherschutz, Versorgungssicherheit und fairem Wettbewerb Priorität eingeräumt wird. Es ist beabsichtigt, dass mit dem Gesetz zur Modernisierung des Gesundheitswesens (Gesundheitssystemmodernisierungsgesetz – GMG) Regelungen zur Ermöglichung des Versandhandels einschließlich des elektronischen Handels auch mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln geschaffen werden.

VI. Der Zugang zu wesentlichen Einrichtungen als Problem der Missbrauchsaufsicht und der sektorspezifischen Regulierung (Kapitel VI)

A. Reformmöglichkeiten

87. Die Monopolkommission spricht sich aus grundsätzlichen Erwägungen für eine Ex-ante-Regulierung netzgebundener Wirtschaftsbereiche auch in der Energiewirtschaft und bei der Bahn aus. Speziell für Strom- und Gasmärkte geht sie von ihrer bisher vertretenen positiven Beurteilung des verhandelten Netzzugangs und seiner Flankierung durch die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht ab (vgl. insbesondere XIII. Hauptgutachten, Tz. 85 ff.). Sie sieht dieses System als ungeeignet an, wirksamen Wettbewerb in der leitungsgebundenen Energiewirtschaft sicherzustellen, und fordert deshalb die Einführung einer sektorspezifischen Regulierung. Nach Auffassung der Monopolkommission könnte diese Regulierung zwar prinzipiell vom Bundeskartellamt übernommen werden; die Monopolkommission schlägt aber vor, diese Aufgabe einer neuen Regulierungsbehörde, die zugleich für die Regulierung anderer Netzinfrastrukturen (Bahn, Post, Telekom) zuständig wäre, zu übertragen.

Nach Auffassung der Bundesregierung sind die Überlegungen, die die Monopolkommission zur Überlegenheit einer Ex-ante-Regulierung des Netzzugangs im Strom- und Gassektor anstellt (z. B. Tz. 772), nicht zwingend; das gilt insbesondere für die Behauptung, dass die bei einer Ex-ante-Regulierung zu erwartenden Nachteile weniger ins Gewicht fallen als die Nachteile einer Ex-post-Missbrauchsaufsicht.

88. Die empirischen Fakten, mit denen die Monopolkommission ihre wettbewerblichen Bedenken über die Entwicklung der Strom- und Gasmärkte thesenartig belegt, sind zum größten Teil nicht neu. Zum Teil sprechen die angeführten Fakten für die Wirksamkeit des Wettbewerbs, z. B. die Stilllegung von Kraftwerkskapazitäten, in der ein Abbau von Überkapazitäten zu sehen ist. Im Übrigen hält die Monopolkommission an anderer Stelle im Zusammenhang mit Fragen der Marktabgrenzung (Tz. 426) die Beurteilung des Bundeskartellamtes für vertretbar, dass die Entwicklung auf dem Markt für Sondervertragskunden und Stromwiederverkäufer weiterhin günstig ist und einen Beleg für intensiveren Wettbewerb (im Vergleich zum Haushaltskundenmarkt) liefert.

89. Sofern die Monopolkommission als Beleg für die wettbewerbspolitisch unerwünschte Entwicklung des Strommarktes auf die deutsche Strompreisentwicklung im europäischen Vergleich abstellt (Tz. 870), ist diese Argumentation nicht belastbar. Zum einen weist der zitierte Eurostat-Strompreisvergleich, auf den auch die EU-Kommission in ihren Benchmarking-Berichten zurückgegriffen hat, eine Reihe von methodischen Mängeln auf, die die Vergleichbarkeit der Strompreise zwischen den Ländern einschränken. So sind bestimmte Preis- und Konditionenelemente, die auf unterschiedlicher staatlicher Rahmensetzung in den Mitgliedstaaten beruhen, bei der Ermittlung der Nettopreise nicht mindernd berücksichtigt worden. Zum Beispiel machen die aus Klimaschutzgründen erhobenen Zuschläge und Umlagen nach EEG und Kraft-Wärme-KopplungsG in Deutschland etwa 12 bis 15 % des Netto-Strompreises aus. Teilweise werden Konzessionsabgaben für die Nutzung öffentlicher Wege berechnet. Die absolute Höhe der Strompreise in Deutschland nach den Eurostat-Daten kann deshalb nicht als Beleg für eine unbefriedigende Wettbewerbssituation herangezogen werden.

Ein Indiz für wirksamen Wettbewerb ist dagegen die Entwicklung der Strompreise**.** Diese lagen nach dem 2. Benchmarking-Bericht der EU-Kommission in Deutschland für alle drei gewählten Kategorien (industrielle Großkunden, Gewerbekunden und Haushaltskunden) im Januar 2002 jeweils deutlich unter dem Niveau vor der Liberalisierung. Der 2. Benchmarking-Bericht der EU-Kommission hat die in Deutschland erzielten Fortschritte bei der Liberalisierung der Strommärkte in der Periode 2001/2002 positiv gewürdigt.

90. Eine Schwäche in der Begründung der Monopolkommission für den Wechsel zu einem Regulierungssystem ergibt sich daraus, dass die in der Realität aufgetretenen Schwierigkeiten der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht über Netzbetreiber und der schleppende Verlauf der Verbändeverhandlungen in der Gaswirtschaft einem Idealbild einer effizient funktionierenden Ex-ante-Regulierung gegenübergestellt werden. Sowohl die deutschen Erfahrungen mit der Regulierung des Telekommunikationssektors als auch ausländische Erfahrungen mit der Regulierung von Energienetzen belegen aber, dass es die „ideale“ Regulierung mit einer Garantie für die Entstehung wettbewerblicher Märkte in der Realität nirgendwo gibt. Auch Regulatoren haben sich unter Umständen langwierigen Lernprozessen zu unterziehen. Beispielsweise gibt es in Großbritannien, das in Europa über die längsten Erfahrungen mit der Regulierung von Strom- und Gasnetzen verfügt, trotz umfangreicher Nachsteuerung (über 600 Verordnungen) bisher noch immer keine zufrieden stellende Lösung für das Problem der Refinanzierung von Netzinvestitionen. Deshalb hat Großbritannien in den Verhandlungen über die neuen Binnenmarktrichtlinien darauf gedrungen, neu errichtete Infrastrukturen von einer Regulierung freistellen zu können.

Aufgrund der politischen Einigung des Rates der Energieminister der EU vom 25. November 2002 und des im Anschluss daran vereinbarten „Gemeinsamen Standpunktes“ vom 3. Februar 2003 zu den so genannten Beschleunigungsrichtlinien für Strom und Gas wird der Ordnungsrahmen für die Energiewirtschaft allerdings im Laufe des nächsten Jahres in wichtigen Punkten an neue Anforderungen anzupassen sein. Unter anderem sehen die Richtlinien, die zurzeit dem Europäischen Parlament zur abschließenden Beratung vorliegen, die Benennung von Regulierungsstellen vor, die bestimmte Mindestkompetenzen haben müssen. Dazu gehört insbesondere die Ex-ante-Genehmigung von Kalkulationsmethoden und Bedingungen des Netzzugangs.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit wird dem Deutschen Bundestag bis zum 31. August 2003 einen Monitoring-Bericht vorlegen, in dem die bisherigen Erfahrungen mit dem verhandelten Netzzugang bewertet und der Umsetzungsbedarf der EU-Richtlinien abgeleitet werden. Damit wird die Grundlage für die anschließende zügige Novellierung des Energiewirtschaftsgesetzes gelegt, das nach jetzigen Vorgaben zum 1. Juli 2004 in Kraft treten soll (vgl. Protokollerklärung der Bundesregierung anlässlich der Novellierung des Energiewirtschaftsrechts).

91. Die Empfehlung der Monopolkommission, eine netzsektorübergreifende Regulierungsinstitution für die Bereiche Telekom, Post, Bahn, Strom und Gas mit dem Auftrag einer Ex-ante-Regulierung zu schaffen (Tz. 800 ff.), beschreibt eine Option für die Ausgestaltung des künftigen Regulierungssystems, die im Rahmen der anstehenden Veränderungen des Ordnungsrahmens zu prüfen ist. Vorteile liegen nach Auffassung der Monopolkommission in Synergieeffekten, die infolge der grundsätzlichen Ähnlichkeit der Netzzugangsproblematik in den verschiedenen Sektoren durch die Übertragbarkeit von Erfahrungen aus einem Netzsektor in den anderen gewonnen werden können. Der Gefahr des „regulatory capture“ will die Monopolkommission durch Personalrotation begegnen.

92. Gewisse Parallelen bei der Sicherstellung diskriminierungsfreien Netzzugangs und der Kontrolle der Marktmacht von Netzmonopolisten sind zwar sektorübergreifend zu finden. Bei der Betrachtung der einzelnen Netze und der nachgelagerten Märkte, die dem Wettbewerb geöffnet werden sollen, überwiegen jedoch branchenspezifische Besonderheiten, denen nur durch eine maßgeschneiderte Regulierung Rechnung getragen werden kann.

Die Monopolkommission erkennt diese Tatsache selbst an, wenn sie davon spricht, es gelte „sektorspezifische Regulierungslösungen zu finden, welche die ökonomischen Eigenschaften der jeweiligen Netze … berücksichtigen“. Damit reduzieren sich mögliche Synergieeffekte.

93. Die institutionelle Ausgestaltung der Regulierungsbehörde kann erst nach einer genauen Definition der regulatorischen Aufgaben entschieden werden. Dabei gilt der Grundsatz, dass die Regulierung so effizient wie möglich erfolgen und der Regulierungsaufwand möglichst begrenzt bleiben soll. Daher werden Regelungen, die von den Marktteilnehmern selbst entwickelt wurden – z. B. im Wege von Verbändeverhandlungen – und die eine breite Akzeptanz im Markt haben, eine wichtige Bedeutung behalten, da sie den Regulierungsaufwand in Grenzen halten können.

94. Die Anwendung einer umfassenden Prüfung der Kostenstrukturen im Wege einer Ex-ante-Kontrolle bezogen auf einzelne Unternehmen verursacht bereits im Bereich der Telekommunikation erhebliche Kosten. Übertragen auf die durch über 900 Netzbetreiber geprägte Struktur der Stromwirtschaft würde sie zu einem nicht mehr finanzierbaren Personalaufwand führen. Eine so weitreichende Umstrukturierung würde zudem über längere Zeit die Effizienz der Behördenarbeit zulasten der Zugang beanspruchenden Marktteilnehmer in den einzelnen Sektoren schwächen.

95. Soweit die Empfehlung der Monopolkommission mit zu schwachen Regulierungsbefugnissen der Kartellbehörden begründet wird, könnte eine Stärkung der sektorübergreifenden Kontrollbefugnisse der Kartellbehörden mit entsprechender Ressourcenausstattung ebenfalls zu positiven Effekten führen. Die jetzt erfolgte Einführung des Sofortvollzugs für kartellbehördliche Verfügungen gegen die missbräuchliche Verweigerung des Netzzugangs bei Strom und Gas durch die Novelle zum Energiewirtschaftgesetz stellt eine auch von der Monopolkommission begrüßte Maßnahme in diesem Sinne dar.

B. Regulierung der Energiemärkte

96. Im Stromsektor ist durch die Verbändevereinbarungen insbesondere für Industrie- und Sondervertragskunden ein voll funktionsfähiges Netzzugangsmodell entwickelt worden, das eine wettbewerbliche Nutzung der Stromnetze ermöglicht. Allerdings ist der Monopolkommission insoweit zuzustimmen, dass eine wirkungsvolle Kontrolle der Höhe und Spreizung der Netznutzungsentgelte bisher nicht gelungen ist. Die Überlegungen der Monopolkommission, dass diese Kontrolle am besten durch ein kostenorientiertes Benchmarking der Netzbetreiber mit entsprechenden Anreizen zur Effizienzsteigerung erfolgen sollte, sind grundsätzlich zutreffend. Über die rechtliche Umsetzung dieses Konzeptes wird im Rahmen der Anpassung des Ordnungsrahmens entschieden werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Verbändevereinbarung II plus im Ab-

schnitt „Vergleichsmarktkonzept“ bereits einen ersten Ansatz in dieser Richtung enthält, der allerdings noch deutlich verbessert und erweitert werden müsste.

97. Der Monopolkommission ist darin zuzustimmen, dass für die Gaswirtschaft ein entsprechend funktionsfähiges Netzzugangsmodell wie im Strombereich bisher nicht vorliegt und deshalb bisher nur erste Ansätze von Wettbewerbsaktivitäten im Wege von Durchleitungen festzustellen sind. Die beteiligten Verbände haben das bisher verhandelte Durchleitungsregime selbst als Zwischenschritt bezeichnet und über eine Verbändevereinbarung III für die Gaswirtschaft verhandelt. Die Verhandlungen sind inzwischen ergebnislos abgebrochen worden, da derzeit keine Einigungsmöglichkeiten ersichtlich sind. Sollte sich dieses nicht grundlegend ändern, würden im Gasbereich umfassendere regulatorische Vorgaben unvermeidlich sein.

98. Die Bundesregierung beurteilt die Wirkung der allgemeinen kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht als Instrument zur Sicherstellung einer effektiven Marktöffnung im Energiesektor weniger pessimistisch als die Monopolkommission. Das Bundeskartellamt und die Landeskartellbehörden haben Missbrauchsverfahren gegen eine Vielzahl von Netzbetreibern geführt. In der überwiegenden Zahl der Fälle konnten bereits im Vorfeld förmlicher Verfahren Verhaltensänderungen der Netzbetreiber erreicht werden. Ein wesentlicher Erfolg ist unter anderem darin zu sehen, dass die pauschale Verweigerung des Netzzugangs heute praktisch nicht mehr vorkommt. Mit den aktuell laufenden Verfahren wegen überhöhter Netznutzungsentgelte tragen die Kartellbehörden der zentralen Bedeutung angemessener Netznutzungsentgelte für Strom- und Gasnetze Rechnung.

Im Übrigen haben die Missbrauchsverfahren der Kartellbehörden über den Einzelfall hinaus als Musterverfahren eine Ex-ante-Wirkung gegenüber anderen Netzbetreibern, wenn sie die Höhe der Netzzugangsentgelte anhand von Vergleichsmärkten oder über die Kostenkontrolle überprüfen. Ähnliches gilt für die Verbändevereinbarungen, die Ex-ante-Charakter haben, ohne jedoch konkrete Preisregelungen für den Netzzugang zu treffen.

C. Regulierungserfordernisse bei der Bahn

99. Die Monopolkommission erläutert die grundsätzlichen Aspekte der Netzökonomie und die sich daraus ergebenen Diskriminierungspotenziale des Konzerns Deutsche Bahn AG als Netzbetreiber und gleichzeitig Anbieter von Eisenbahnverkehrsleistungen.

Die Lösungsansätze der interministeriellen Task Force „Zukunft der Schiene“ und der 2. Novelle des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG) werden vor diesem Hintergrund als unzureichend eingestuft. Die Monopolkommission schließt sich weitgehend den Vorschlägen des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesminister für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen an, wonach Netz und Netzmanagement in Form eines privatrechtlichen, aber öffentlich kontrollierten Eisenbahn-Infrastruktur-Unternehmen (EIU) organisiert werden sollten. Die staatliche Kontrolle soll nach Ansicht der Monopolkommission durch eine branchenübergreifende Regulierungsbehörde für Netzsektoren durchgeführt werden.

Die Bundesregierung ist der Ansicht, dass durch konkrete wettbewerbspolitische Maßnahmen, die sie im 3. Gesetz zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften zusammenfassen wird, der Wettbewerb auf der Schiene auch dann realisiert werden kann, wenn Netz und Betrieb zusammenbleiben.



Gesamtherstellung: H. Heenemann GmbH & Co., Buch- und Offsetdruckerei, Bessemerstraße 83–91, 12103 Berlin
Vertrieb: Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft mbH, Postfach 13 20, 53003 Bonn, Telefon (02 28) 3 82 08 40, Telefax (02 28) 3 82 08 44
ISSN 0722-8333